

PRUEBA DEL ADN

“VALOR DE LA PRUEBA DEL ADN EN
LAS ACCIONES DE FILIACIÓN”

MARÍA FERNANDA YAPUR.
DNI: 25.954.195.

[Signature]
Zamorano

[Signature]
García

[Signature]
Zamorano

**“VALOR DE LA PRUEBA DEL ADN
EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN”**

“ P R E S E N T A C I Ó N ”

1. Punto de partida:

- *Evolución de las pruebas biológicas e influencia del avance científico en la determinación de la identidad y la paternidad:*

El presente trabajo de investigación, tiene su punto de partida en una somera descripción de la evolución científica de los procedimientos más difundidos que se han utilizado para la determinación de la identidad y la paternidad biológica¹. Con el correr del tiempo, estas pruebas se han ido perfeccionando, implementándose marcadores cada vez más informativos tales como la incorporación del sistema HLA y más recientemente la técnica del polimorfismo molecular del ADN.

2. Valor probatorio otorgado a las pruebas biológicas en el proceso judicial - Etapas evolutivas:

- Seguidamente, se analizará -en tres etapas de evolución científico-jurídica- el valor probatorio otorgado a las pruebas biológicas en el

¹ Para los propósitos del uso de las pruebas biológicas, no existen distinciones entre el juicio de paternidad y persecuciones criminales, debido a que el objeto es siempre la identificación de las personas.

proceso judicial de filiación. La primera abarcará los sistemas de investigación de los grupos sanguíneos hasta fines de la década del 70', donde inicia la segunda etapa en la que el revolucionario sistema HLA comienza a ser aplicado por los tribunales antes de la entrada en vigencia de la ley 23.264, en tanto que la tercera tiene lugar con la utilización de la prueba de tipificación del ADN, cuyas huellas o perfil permiten determinar la paternidad o maternidad y parentescos consanguíneos más lejanos, con certeza del 99,99%.

En virtud de los avances científicos, la estructura probatoria de los juicios en que se debate la filiación se ha modificado sustancialmente, siendo incuestionable el gran apoyo que la genética presta a la justicia.

3. Efectos procesales de la negativa al sometimiento de las pericias biológicas:

- En el año 1987 se sanciona la ley 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos cuyo art. 4º expresa que la negativa a someterse a exámenes de tipo biológico "*constituirá **indicio contrario** a la posición sustentada por el renuente*", siendo éste el único caso en nuestra legislación en el que se hace mención a esta conducta procesal.

INDICE GENERAL

CAPITULO N° 1:

**"Evolución de las técnicas de estudio de los polimorfismos de ADN
destinadas a demostrar la identidad y el nexa filial".**

- **Introducción.1.**
- **Evolución de las pruebas biológicas e influencia del
avance científico en la determinación de la identidad y la paternidad.**
 - ..Las Leyes de Mendel.
 - ..Semejanzas en los caracteres antropomórficos,
patológicos y fisiológicos.
 - ..Sistemas sanguíneos.
 - ..Sistema "ABO".
 - ..Sistema "M y N".
 - ..Sistema "P".
 - ..Sistema "Rhesus".
 - ..Sistema "Kell-Cellano".
 - ..Sistemas "Lutheran, Duffy, Kidd y Auberger".
 - ..Sistema "S".
 - ..Grupos de proteínas séricas.
 - ..Sistema HLA de Histocompatibilidad.
 - ..Exhumación del cadáver.
 - ..Exámenes biológicos a los abuelos u otros parientes cercanos.
 - ..Otras pruebas biológicas.
 - Prueba del ADN.

- **Utilidad de las huellas del ADN**
- **Bases frecuenciales de la población.**
- **Pericia del ADN – procedimiento.**
- **Técnica *southern blot* o hibridación con sondas.**
 - Etapas del estudio de marcadores genéticos – Técnica Southern Blot.
 - Sondas de lugar múltiple o multilocus (MLPs) y de lugar único o unilocus (SLPs) – Sus aplicaciones en la determinación de la identidad y la paternidad biológica.
 - Sondas de lugar múltiple, ADN “Fingerprint Multilocus”.
 - Sondas de lugar único, ADN “Fingerprint Unilocus”, “Single Locus”.
 - Ventajas e inconvenientes de las sondas multi y unilocus.
- **Reacción en cadena de la Polimerasa (“PCR”).**
 - ..Análisis por la Reacción en Cadena de la Polimerasa.
 - ..Fases de la Reacción en Cadena de la Polimerasa.
 - ..Ventajas de la (“PCR”) frente al uso de técnicas de análisis genético utilizadas con anterioridad.
 - ..Sistemas de electroforesis.

CAPITULO N° 2

"Valor de la prueba del ADN en las acciones de filiación"

- **Introducción.** **2.**
 - o Presentación metodológica.
- Avance científico de las pruebas biológicas y su influencia en la determinación jurídica de la paternidad –valor probatorio-. **3.**
 - o Primera etapa: La prueba hematológica y las decisiones judiciales registradas hasta la década del 70'.
 - o Cuantificación de la probabilidad de la paternidad.
 - o La prueba de Incompatibilidad Imunogenética "PCI".
 - o Segunda etapa: Determinación de la paternidad por el sistema HLA o Complejo Mayor de Histocompatibilidad.
 - o Tercera etapa: Los estudios relativos a la tipificación del ADN.
 - o Indicaciones del sistema HLA y tipificación de ADN en el fuero civil.
 - o ¿Basta esta pericial o el juez debe, en todos los casos, fundar su decisorio también en otra prueba?.
 - o Seriedad en las pericias.
 - o Lista de requisitos básicos para la utilización del estudio del polimorfismo del ADN cuando se los utiliza con el objeto de una investigación de filiación biológica, publicada por la *American Association of Blood Banks*.

• **Negativa a someterse a las pruebas biológicas. 4.**

- o Los derechos de la personalidad y el derecho a conocer la identidad biológica en el constitucionalismo civil.
- o La unidad de la filiación.
- o Antinomia entre normas constitucionales de fuente internacional y normas constitucionales originarias en materia de filiación.
- o Conflicto entre el derecho a la identidad y el derecho a la integridad física, a defenderse a no autoincriminarse y a la intimidad.
- o Constitucionalidad de las consecuencias que se extraen de la negativa injustificada a someterse a estos exámenes.
- o Negativa Justificada.

• **Variación en el tiempo de los efectos procesales que acarrea**

la negativa a someterse a las pruebas biológicas. 5.

- o Primera Etapa: Presunción en contra de quien niega a someterse al examen hematológico - decisiones judiciales registradas hasta la década del 70'.
- o Segunda Etapa: Renuencia paterna a la prueba del HLA.
- o Prueba genética y prueba de las relaciones sexuales, *exceptio plurium concumbentium* y testimonial antes y después de la segunda etapa.

• Evolución legislativa.....	6.
o Ley de Creación del Banco Nacional de Datos Genéticos N° 23.511,	
Art. 4 -Indicios y Presunciones-.	
o Orden de prelación en las pruebas de filiación.	
o Observaciones en cuanto a sus alcances.	
o ¿Qué debe entenderse por indicio contrario a la posición sustentada por el renuente?.	
• Negativa al sometimiento de la prueba biológica en la tercera etapa.	7.
o ¿Podría constituir la negativa del demandado base suficiente para fundar la sentencia que declare la filiación?	
• CONCLUSIÓN:	
o Obligatoriedad de los exámenes biológicos – efectos de reconocimiento de filiación alegada ante la negativa a colaborar al peritaje de la PCI,	
manifestaciones jurisprudenciales de “ <i>lege ferenda</i> ”.	8.
• Apéndice jurisprudencial.	9.
• Proyecto de ley modificando la Ley de Banco de Datos Genéticos,	
Expediente N° 465/05.	10.
• Bibliografía.	11.

PRUEBA DEL ADN

-CAPÍTULO N° 1-

EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE
ESTUDIO DE LOS POLIMORFISMOS
DE ADN DESTINADAS A
DEMOSTRAR LA IDENTIDAD Y EL
NEXO FILIAL.

» » » » » » » » » » » » » » » »
MARÍA FERNANDA YAPUR.
DNI: 25.954.195.

EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE
ESTUDIO DE LOS POLIMORFISMOS
DE ADN DESTINADAS A
DEMOSTRAR LA IDENTIDAD Y EL
NEXO FILIAL.

MARÍA FERNANDA YAPUR.
DNI: 25.954.195.

EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE ESTUDIO DE LOS POLIMORFISMOS DE ADN DESTINADAS A DEMOSTRAR LA IDENTIDAD Y EL NEXO FILIAL

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. EVOLUCIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS E INFLUENCIA DEL
AVANCE CIENTÍFICO EN LA DETERMINACIÓN DE LA
IDENTIDAD Y LA PATERNIDAD.
 - 2.1. Las Leyes de Mendel.
 - 2.2. Semejanzas en los caracteres antropomórficos, patológicos y fisiológicos.
 - 2.3. Sistemas sanguíneos.
 - 2.3.1. Sistema "ABO".
 - 2.3.2. Sistema "M y N".
 - 2.3.3. Sistema "P".
 - 2.3.4. Sistema "Rhesus".
 - 2.3.5. Sistema "Kell-Cellano".
 - 2.3.6. Sistemas "Lutheran, Duffy, Kidd y Auberger".
 - 2.3.7. Sistema "S".
 - 2.4. Grupos de proteínas séricas.
 - 2.5. Sistema HLA de Histocompatibilidad.
 - 2.6. Exhumación del cadáver.
 - 2.7. Exámenes biológicos a los abuelos u otros parientes cercanos.
 - 2.8. Otras pruebas biológicas.

2.9. Prueba del ADN.

3. UTILIDAD DE LAS HUELLAS DEL ADN.

4. BASES FRECUENCIALES DE LA POBLACIÓN.

5. PERICIA DEL ADN – PROCEDIMIENTO.

5.1. Técnica *Southern Blot* o Hibridación con sondas.

5.1.1. Etapas del estudio de marcadores genéticos – Técnica *Southern Blot*.

5.1.2. Sondas de lugar múltiple o *multilocus* (MLPs) y de lugar único o *unilocus* (SLPs) – Sus aplicaciones en la determinación de la identidad y la paternidad biológica.

5.1.2.1. Sondas de lugar múltiple, ADN “*Fingerprint Multilocus*”.

5.1.2.2. Sondas de lugar único, ADN “*Fingerprint Unilocus*”, “*Single Locus*” o “*Monolocus*”.

5.1.2.2.1. Ventajas e inconvenientes de las sondas *multi* y *unilocus*.

5.2. Reacción en cadena de la Polimerasa (“PCR”).

5.2.1. Análisis por la Reacción en Cadena de la Polimerasa.

5.2.1.1. Fases de la Reacción en Cadena de la Polimerasa.

5.2.1.1.1. Ventajas de la (“PCR”) frente al uso de técnicas de análisis genético utilizadas con anterioridad.

5.2.1.2. Sistemas de electroforesis.

EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE ESTUDIO DE LOS
POLIMORFISMOS DE ADN DESTINADAS A DEMOSTRAR LA
IDENTIDAD Y EL NEXO FILIAL

1. INTRODUCCIÓN:

Los resultados del estudio de ADN pueden establecer la identificación genética de un individuo, es decir, la culpabilidad o inocencia de una determinada persona en actos criminales, o el diagnóstico de paternidad en casos civiles, siendo potestad de los jueces la decisión a su mejor entender sobre el asunto. Las pruebas de compatibilidad inmunogenética presentan mundialmente el problema de su valoración, ya que se trata de pruebas periciales y los jueces y tribunales las aprecian según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos.

La compleja tarea de exponer información práctica y relevante acerca de la prueba del ADN para abogados y auxiliares de la justicia, exige gran esfuerzo, más aún cuando el lector se halla escasamente relacionado con la terminología y los conceptos de la genética y la biología molecular. De allí que, teniendo siempre en cuenta dichas limitaciones, el presente capítulo describe someramente la evolución científica de los procedimientos más difundidos que se han utilizado para la determinación de la identidad y la paternidad biológica. Para los propósitos del uso de las pruebas biológicas, no existen distinciones entre el juicio de

paternidad y persecuciones criminales, debido a que el objeto es siempre la identificación de las personas. Estas pruebas se han ido perfeccionando con el correr del tiempo, implementándose marcadores cada vez más informativos tales como la incorporación del sistema HLA y más recientemente la técnica del polimorfismo¹ molecular del ADN.

Fue a mediados de siglo cuando gracias al descubrimiento del ADN y de su estructura y al posterior avance en las técnicas de análisis de dicha molécula, la Hemogenética Forense evolucionó considerablemente hasta el punto de que hoy en día puede hablarse de una nueva subespecialidad dentro de la Medicina Forense: La "Genética Forense". Dicha ciencia estudia básicamente unas regiones del ADN que presentan variabilidad entre los distintos individuos, es decir, estudia regiones polimórficas del ADN.

2. EVOLUCIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS E INFLUENCIA DEL AVANCE CIENTÍFICO EN LA DETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD Y LA PATERNIDAD:

2.1. LAS LEYES DE MENDEL:

Podría decirse que las pruebas biológicas relacionadas con la filiación se gestaron en el año 1853, en un monasterio en Brünn (Checoslovaquia),

¹ La identificación con ADN o "huella genética" se basa en el estudio de una serie de fragmentos de ADN presentes en todos los individuos pero que poseen la característica de ser altamente variables o polimórficos entre los mismos.

cuando un monje austriaco llamado Gregor Joham Mendel, en los ratos libres como abad del monasterio, comenzaba silenciosamente sus experimentos que lo llevarían a enunciar las clásicas "Leyes de la Segregación Mendeliana" o "Leyes de la Herencia". Mendel trabajó sobre la transmisión de los caracteres de las plantas a través de sucesivas generaciones, en lo que hoy constituye el fundamento de la genética moderna.

Sus estudios se basaron en cuatro aspectos:

- a) Estudiar la transmisión de caracteres aislados.
- b) Contar el número de descendientes de cada tipo.
- c) Cruzar cepas o razas puras.
- d) Elegir una planta en la cual el origen de los gametos podía ser controlado.

Sus principales experimentos, llevados a cabo sobre más de 27.000 plantas de distintas variedades de guisante, concluyeron y fueron resumidos en leyes, la "*Ley de la Uniformidad de los Híbridos de la Primera Generación*" o "*Principio de Dominancia*" y la "*Ley de Separación o Disyunción de los Alelos*"².

Las leyes de Mendel demuestran que los genotipos de una misma familia guardan más relación entre sí que con el resto de la población. Las

² Alelos: Formas alternativas de un gen o de una secuencia de ADN en un locus (lugar físico que ocupa un gen para un carácter dado en el cromosoma) determinado. Cada individuo puede poseer un máximo de dos alelos distintos en cada locus, uno heredado del padre y otro de la madre.

mutaciones son la fuente primaria de las variaciones genéticas estudiadas por Mendel. Diferentes mutaciones en un gen incrementan la diversidad de alelos de ese gen en una población determinada³. En consecuencia, las mutaciones aportan la variabilidad existente entre los organismos, siendo la materia prima de la evolución.

Si bien su trabajo fue ignorado hasta después de su muerte, Mendel marcó el comienzo de la genética moderna. A partir de entonces, y hasta hoy, los progresos de la genética clásica y molecular desencadenaron una verdadera revolución en el campo de la biología y de la medicina, extendiendo sus fronteras y aplicaciones al camino de la medicina legal.

2.2. SEMEJANZAS EN LOS CARACTERES ANTROPOMÓRFICOS, PATOLÓGICOS Y FISIOLÓGICOS:

Las pruebas antropomórficas consisten en la realización de pericias dirigidas a establecer la posible transmisión de caracteres morfológicos, normales, patológicos y fisiológicos del presunto padre al hijo.

Respecto de los primeros, puede señalarse la conformación exterior: medidas antropométricas, color de la piel, emplazamiento dentario, proporciones y particularidades del esqueleto, especialmente de la columna vertebral (prueba o método de Kühne).

³ Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, Prueba del ADN, p. 26, Ed. Astrea, Bs. As., 2001.

Entre las características de tipo patológico se cita a enfermedades o anomalías transmisibles por herencia como hemofilia, las malformaciones de los dedos de manos y pies, malformaciones de los ojos, alteraciones de la piel, etc.

En relación a los caracteres fisiológicos, los autores destacan la sensibilidad gustativa a una sustancia llamada feniltiocarbamida cuyo gusto resulta amargo para algunas personas, mientras que otras la encuentran insípida. Se ha verificado que esta sensibilidad se transmite por herencia⁴.

Las semejanzas en los caracteres antropomórficos fueron unas de las primeras formas de establecer indicios acerca de la posible vinculación biológica de personas de existencia física. Sin embargo, este medio probatorio está hoy totalmente descartado en la práctica jurídica, ya que no reúne los requerimientos mínimos de una prueba para su aceptación, no obstante ello, puede arrimar elementos a las conclusiones de convicción del Juez. Si bien seguimos comprobando que están presentes como un punto más de pericia, tal vez estaría justificado si se persiguiera algún carácter genético distintivo⁵ como, por ejemplo una malformación prototípica, etc.

4 Grosman, Cecilia P., Influencia del avance científico en la determinación de la paternidad, ED, 85-177.

5 Hass, Emilio y Verruno, Luis, ob. cit. p. 25.

El resultado de los caracteres antropomórficos, responde a factores multigénicos de análisis complejo e inexacto en la práctica. En este sentido se ha dicho que los rasgos fisonómicos parecidos o comunes entre el actor y el pretendido padre, si bien pueden constituir un antecedente más en la prueba del nexo biológico⁶, no bastan por sí solos para tenerlo por probado⁷.

2.3. SISTEMAS SANGUÍNEOS:

Los accidentes producidos en las transfusiones sanguíneas llevaron al descubrimiento de que los glóbulos rojos de los seres humanos poseen estructura, razón por la cual no en todos los casos son intercambiables. Se verificó que los hematíes de la sangre contienen en su superficie sustancias específicas denominadas antígenos o factores de grupo que pueden diferir de una persona a otra y que persisten inmodificables a lo largo de toda la vida. La cantidad de sistemas sanguíneos ha sido numerosa, aquí solamente enunciaremos los principales, aclarando que a fin de dejar establecida la paternidad o maternidad, el valor de esta prueba será mayor en la medida en que se la hace combinando el análisis de los factores de los distintos sistemas que a continuación se presentan.

6 CNCiv, Sala D, 19/9/67, LL, 129-236; CJ Salta, Sala III, 27/4/66, LL, 122-806; CNCiv, sala F, 29-12-75, LL, 1976-C-151, fallo 73.189.

7 Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia, t. II, N° 732; Belluscio, Manual, t. II, p. 212, N° 480.

2.3.1. SISTEMA SANGUÍNEO "ABO":

El primer paso en el hallazgo de un método útil de asignación de un nexo biológico con aplicación judicial, lo da aún sin saberlo, Karl Landsteiner en el año 1901 cuando descubre en la sangre la existencia de dos antígenos distintos denominados A y B que pueden manifestarse en los hematíes en forma separada (A) o (B), de manera conjunta (AB) o faltar ambos (O). De allí surgen los cuatro grupos más conocidos: A, B, A/B y O. Von Dürgen y Hirschfeld descubrieron su transmisión hereditaria.

Los antígenos de superficie de los grupos del sistema ABO se manifiestan en los glóbulos rojos y también en la saliva. Mediante el análisis de los mismos es posible inferir algunos datos sobre si un vestigio biológico, tal como una mancha de saliva o de sangre, pertenece a un determinado individuo. El modo de transmisión de tales antígenos, que tiene lugar de acuerdo a las leyes mendelianas, fue conocido en 1924 y sobre la base de éstas se elaboraron cuadros de paternidades posibles o imposibles según los factores encontrados en el hijo, la madre y el presunto padre⁸. Por ejemplo, siendo el padre y la madre del grupo O, el hijo no puede ser del grupo A/B. También, como elemento corroborante, pero no concluyente, en un juicio en que se discuta la paternidad, podrá ocurrir que el hijo posea el factor O, siendo éste el mismo grupo del padre; en tal caso la paternidad resulta posible, aunque no sea ésta una prueba

⁸ Rojas, Nerio, Medicina Legal, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1959, donde figuran las listas de paternidades posibles o imposibles según los factores sanguíneos.

concluyente, dado que otros hombres poseen el mismo grupo de antígenos⁹.

Para estimar la probabilidad de que la coincidencia no sea dada por el azar se calcula el llamado valor incriminante (VI) - (*Ver pto. 4, "Bases frecuenciales de la población"*):

$$VI = \frac{\text{Probabilidad de coincidencia con la misma fuente.}}{\text{Probabilidad de coincidencia por azar.}}$$

Así por ejemplo, si el grupo sanguíneo del vestigio biológico es A, y la sangre del sospechoso, es también A, siendo 0,4623 la probabilidad de que un individuo de la población tenga grupo sanguíneo A, el valor incriminante es:

$$VI = \frac{1}{0,4623} = 2,16$$

Lo que significa que es 2,16 veces más probable que el vestigio biológico pertenezca al sospechoso que a cualquier otro individuo tomado al azar en la población. Como puede verse, el valor incriminante que se deriva del análisis de un solo grupo sanguíneo es muy bajo. De allí que es necesario analizar muchos sistemas genéticos para poder llegar a la determinación

⁹ Bossert, Gustavo - Zannoni, Eduardo, "Régimen legal de la filiación y patria potestad, Ley 23.264", p. 98, 3ª reimpresión, Ed.Astrea, Bs. AS., 1992.

del parentesco, a una exclusión del sospechoso o bien a una inclusión fiable de éste como autor del delito.

Más tarde, dentro del mismo sistema, se distinguieron los grupos A1 y A2 y otros factores raros denominados A3 y A4. Igualmente se observaron variantes del antígeno B, llamados Bw, B3, etc¹⁰.

2.3.2. SISTEMA SANGUÍNEO "M Y N":

En el año 1927 Landsteiner y Levine lograron ubicar dos nuevos factores sanguíneos denominados M y N que se reconocen en los hematíes de todas las personas y que han permitido clasificar a las sangres en tres tipos, tipo M, tipo N y tipo MN. Dentro de este sistema, por ejemplo, contribuirá a afirmar la presunción de paternidad el hecho de que el hijo y el padre, y no la madre, posean el antígeno Mg, sumamente raro¹¹, al punto de que sólo un individuo entre mil es portador de este factor.

2.3.3. SISTEMA SANGUÍNEO "P":

También es posible encontrar tablas de paternidades posibles mediante este sistema en virtud del cual se distinguen dos categorías sanguíneas distintas: tipo P positivo, cuyos glóbulos rojos poseen el factor "P" y tipo P negativo que no lo contiene.

¹⁰ Grosman, Cecilia , ob. cit., p.177.

¹¹ Bossert, Gustavo, Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 99.

2.3.4. SISTEMA SANGUÍNEO "RHESUS":

En el año 1940 se descubre un nuevo elemento, el factor RH que desde el punto de vista genético está constituido por tres caracteres: C, D y E. Los distintos tipos de RH que se encuentran dependen de la presencia o ausencia del gen D (presencia de D: RH positivo / ausencia de D: RH negativo). Dentro del mismo sistema se encontraron otros factores (casi una veintena), con los cuales se elaboraron también clasificaciones sanguíneas.

2.3.5. SISTEMA KELL-CELLANO:

En el año 1946, Coombs y sus colaboradores reconocieron la presencia de un antígeno que recibió el nombre de Kell. Este factor es muy raro y se comprobó que sólo existe en un 8% de los individuos elegidos al azar. Su transmisibilidad depende de una pareja de genes, independientes de los demás sistemas, llamados K y k.

2.3.6. SISTEMAS "LUTHERAN, DUFFY, KIDD Y AUBERGER":

Los sistemas mencionados en el epígrafe fueron descubiertos desde el año 1946 a 1951 y los factores que los integran son heredados igualmente según las leyes mendelianas.

2.3.7. SISTEMA "S":

La facultad que poseen ciertos sujetos de eliminar por sus secreciones (saliva, sudor, lágrimas, etc) las sustancias del grupo ABO depende de la presencia del gen S¹² y aquellos individuos que no lo poseen no eliminan tales sustancias (no secretores).

2.4. GRUPOS DE PROTEÍNAS SÉRICAS:

En el año 1955 Smithies desarrolló las técnicas que ponen en evidencia los grupos séricos. Todas las células del cuerpo humano contienen sustancias que se denominan proteínas (entre las que cabe citar a la hemoglobina, transferrina, haptoglobina, etc) y cuya estructura está determinada genéticamente. Las diversas proteínas contenidas en el suero humano tienen una carga negativa y se desplazan, por consiguiente, hacia el polo positivo cuando se las somete a un campo eléctrico. Pero como todas las especies proteicas no tienen el mismo tamaño o peso molecular, algunas de ellas se desplazan más rápidamente que otras. Mediante este método, llamado electroforesis, se reconocen las diferencias estructurales.

2.5. SISTEMA DE HLA DE HISTOCOMPATIBILIDAD:

El origen de este asombroso método se remonta al año 1952 con el descubrimiento de los antígenos del sistema HLA (iniciales de *Human Leucocyte Antigens*, Antígenos Humanos Leucocitarios) por Jean Dausset

¹² Simonin, C., Medicina legal judicial, p. 499, Ed. Janés, Barcelona, 1962.

-premio Nobel junto con Gorer y Snell-, quien inició sus experiencias destinadas a resolver los problemas originados por los rechazos inmunológicos en los trasplantes de órganos. El método del HLA proviene del descubrimiento del sexto par cromosómico de las células nucleadas del organismo de ciertas proteínas antigénicas codificadas, de allí su denominación. Toda persona tiene, por herencia, los antígenos que recibe de su padre y de su madre, codificados por los genes situados en el sexto par cromosómico. Los antígenos del sistema se muestran claramente ya en el feto y se mantienen constantes y estables durante toda la vida de la persona¹³.

Estas proteínas presentes en la superficie de todas las células nucleadas del organismo, presentaban una enorme diversidad entre los elementos de la especie y eran las mayores responsables de que el injerto fuese reconocido como extraño por el sistema inmune del receptor. Por esta razón, dichas proteínas se denominaron antígenos de histocompatibilidad o, también, antígenos de trasplante¹⁴.

El estudio del sistema de histocompatibilidad está integrado por la determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos (análisis sanguíneo tradicional), y de las proteínas y enzimas del suero sanguíneo (proteínas séricas).

13 Bossert, Gustavo , Zannoni, Eduardo , ob. cit., p. 101.

14 Farreras, Rozman, Medicina Interna, Vol II, p. 2641, Duodécima edición, Ed. Doyma, 1992, Barcelona España.

Con la incorporación de esta técnica no sólo podemos negar un vínculo biológico investigado (exclusión) sino que, además, podemos afirmar su existencia (inclusión), con una seguridad muy alta¹⁵. Se estima que este sistema de histocompatibilidad es uno de los más importantes para la exclusión de la paternidad, ya que permite eliminar a un número muy elevado de hombres a quienes se les hubiera atribuido falsamente la calidad paterna. Se ha calculado que sobre 100 hombres, 76 pueden ser descartados si no existe vínculo biológico, con sólo utilizar 18 antígenos o factores. En cambio en los otros sistemas sanguíneos (ABO, M y N, Rh, etc), el alcance de la exclusión usando individualmente a cada uno de ellos, sólo llega a porcentajes del 12 al 30%¹⁶.

Los antígenos humanos leucocitarios (HLA) representan el mayor complejo de histocompatibilidad conocido en el hombre. El fenotipo deriva de diferentes combinaciones de genes adyacentes, ubicados en los brazos cortos del cromosoma 6 y que se dividen en tres clases:

- Genes clase I: HLA-A, HLA-B y HLA-C.
- Genes clase II: HLA-DP, HLA-DQ y HLA-DR.
- Genes clase III: Componentes del complemento, factores de la necrosis tumoral y otros.

¹⁵ Hass, Emilio y Verruno, Luis, ob. cit., p. 25.

¹⁶ Grosman, Cecilia, ob. cit., p.180.

La forma clásica que demuestra si un individuo posee un determinado antígeno HLA, por Ej., el HLA-B5, es si sus células son destruidas después de haber sido enfrentadas con un suero rico en anticuerpos anti HLA-B5. A su vez un individuo no posee un determinado antígeno HLA cuando sus células permanecen sin alterarse después de haber sido enfrentadas con los sueros que contengan anticuerpos específicos para ese antígeno. Una estimación apropiada entre los genotipos más frecuentes sitúa el HLA a una probabilidad de paternidad del 98,35%, cifra alta pero no aprobada actualmente por los organismos internacionales¹⁷ y que, si es utilizada, deberá complementarse con otros sistemas.

2.6. EXHUMACIÓN DEL CADÁVER:

Ante el fallecimiento de quien debía someterse a las pruebas biológicas, se ha solicitado en algunas oportunidades, la exhumación del cadáver. Las pruebas biológicas, particularmente la de la tipificación de ADN, pueden disponerse respecto de personas fallecidas. En este sentido se ha dicho¹⁸ que ello, no implica avasallamiento alguno del derecho a la

17 Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 86.

18 Los jueces han aceptado en algunos casos el pedido de las partes para la exhumación del cadáver: CNCiv. 1º, 23-7-43, JA, 1943-III-315, CNCiv., sala D, 28-5-57, LL, 88-213, CNCiv., sala A, 28-2-94., ED 158-462, con notas aprobatorias de Bidart Campos, "El derecho a la identidad en un juicio de filiación y una prueba sobre el cadáver del presunto padre" y de Rivera - Córdoba, "Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes". En contra, CCivil 1º, 31-7-46, LL, t.43, p. 405.

integridad psicofísica o a la intimidad del imputado, prerrogativas éstas que configuran derechos personalísimos que se extinguieron con su muerte. Por otra parte, la prerrogativa de los familiares del difunto a oponerse a que se extraigan muestras del cadáver, debe ceder frente al derecho del menor a determinar su estado de familia, cuestión que es de orden público: se halla en juego el derecho a la identidad del niño, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, es decir, el interés del actor en el juicio de reclamación de la filiación se basa en el derecho de preservar su identidad, que es de jerarquía constitucional¹⁹.

2.7. EXÁMENES BIOLÓGICOS A LOS ABUELOS U OTROS PARIENTES CERCANOS:

A partir del índice de abuelismo, es posible determinar la pertenencia del niño al grupo familiar con una posibilidad muy cercana a la certeza. Si bien los abuelos no son parte en el juicio, para obtener elementos de convicción tendientes a revelar la filiación, resulta pertinente la realización de tal test²⁰, en otros pronunciamientos, se han admitido exámenes biológicos a los hermanos del demandado. Zannoni²¹ sostuvo que la

19 CNCiv, sala A, 28/2/94, LL, 1995-A-378, con nota de Podestá Sáenz, Algo más sobre el derecho a la identidad; Juzg 1º Inst. Azul, firme, 24-10-94, ED, 163-20.

20 CNCiv, sala A, 25-11-86, LL, t.1987-C, p. 66.

21 Voto de Zannoni, CNCiv., sala A, 25-11-1986, ED, 123-107 – LL, 1987-C-69 – JA, 1987-IV-378.

prueba es relevante aunque se haya practicado en los presuntos abuelos y no en el padre, sin embargo, se ha sostenido que la negativa de la abuela a someterse al examen hematológico, no produce ningún efecto probatorio²².

2.8. OTRAS PRUEBAS BIOLÓGICAS:

Es posible excluir o incluir la maternidad o paternidad mediante otras pruebas tales como pericias respecto de la virginidad de la mujer, su condición de nulípara, impotencia coendi y esterilidad masculina o femenina²³.

2.9. PRUEBA DEL ADN:

El ADN es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética. Su estructura fue establecida en el año 1953 por Watson y Crick²⁴, galardonados por este trascendental descubrimiento con el premio Nobel de medicina en el año 1962. Por medio de unos sofisticados aparatos denominados espectrómetros, se ha comprobado que la estructura del ADN se parece a una cinta de dos cordones entretreídos

22 CNCiv., sala G, 5-3-93, Revista de Derecho de Familia, t. 1992, N° 8, p. 160.

23 Bueres, Alberto – Highton, Elena, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. I, p. 1129, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995.

24 Watson-Crick, Molecular structure of nucleic acids: a structure for deoxyribose nucleic acid, "Nature", 171:737-738.

sostenidos por otros elementos centrales, formando una escalera de caracol o doble hélice²⁵. Esta macromolécula se compone de tres unidades: un azúcar (la desoxirribosa), fosfatos (el ácido fosfórico) y cuatro bases nitrogenadas, o, para mejor ejemplificación, cuatro peldaños de esta escalera en caracol (las purinas y las pirimidinas), y que químicamente se denominan adenina (representada por la letra A), timina (representada por la letra T), citosina (por la letra C) y guanina (por la letra G).

La molécula de ADN descrita por Watson y Crick posee dentro de sí misma la información genética para ser transmitida exactamente generación tras generación, perpetuando así la especie. Al mismo tiempo, especifica cuál será la secuencia de aminoácidos que forman las proteínas necesarias para la célula y en consecuencia los procesos vitales de los organismos. Toda la información del ADN puede ser copiada de forma muy precisa mediante la separación de sus cadenas, la que es seguida de la síntesis de dos cadenas nuevas²⁶.

25 Atlas de anatomía. Ed. Cultural S.A., Madrid, España, 1991, p. 16.

26Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, ob. cit., p.7.

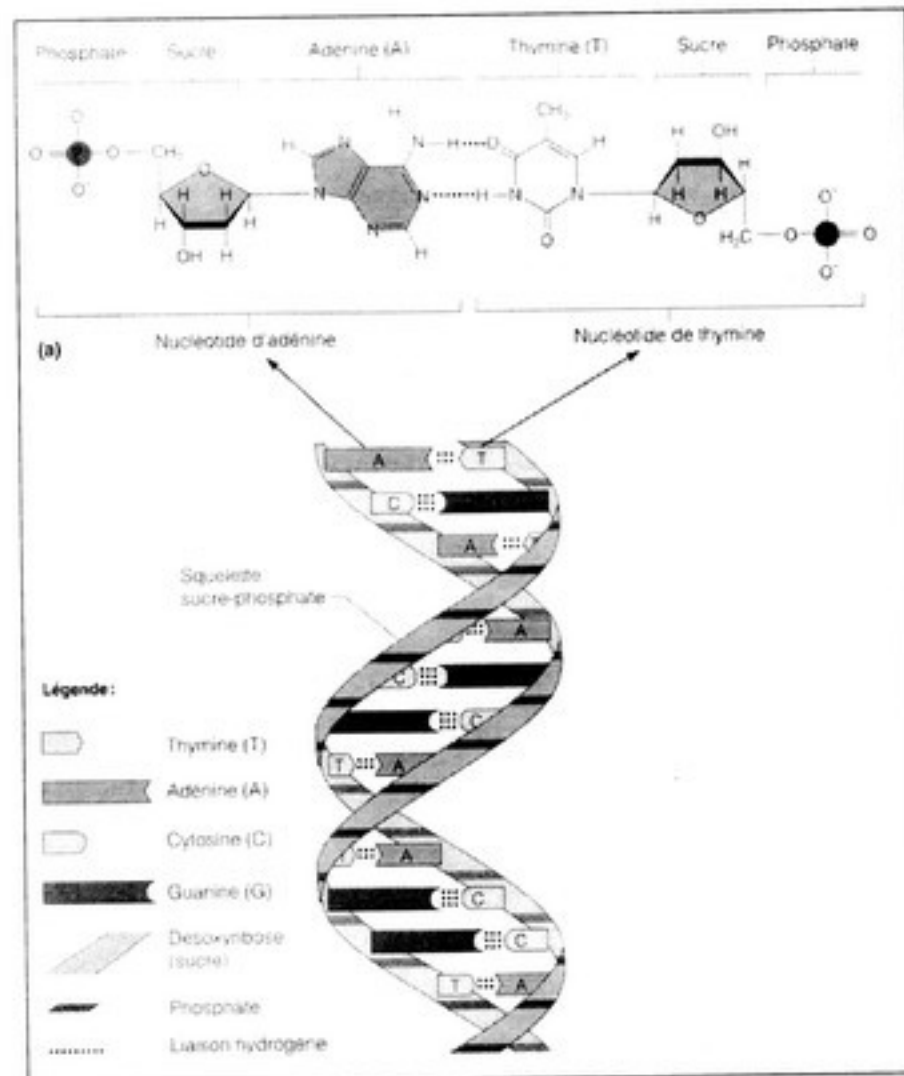


Figura N° 1: Ácido desoxirribonucleico (ADN), esquema de cadena tridimensional. Unidades alternantes de azúcar y ácido fosfórico a los costados de la cadena de ADN, mientras las bases nitrogenadas se enfrentan específicamente: A-T y C-G. La adenina (A) se enfrenta exclusivamente a la Timina (T) y a la Citosina (C) exclusivamente a la Guanina (G).

La identificación con ADN o "huella genética" se basa en el estudio de una serie de fragmentos de ADN presentes en todos los individuos pero que poseen la característica de ser altamente variables o polimórficos entre los mismos.

La diversidad genética es una cualidad común a todas las especies, cada ser vivo tiene una apariencia física que responde a una única composición hereditaria o genética. La excepción a esta regla son los gemelos univitelinos que poseen idéntico patrón de ADN, es decir, idéntica información genética. Esta única identidad genética puede ser visualizada como un conjunto de señas a través de técnicas de biología molecular para el análisis de este compuesto químico que almacena en forma codificada la información genética de un ser humano (ADN), el cual es idéntico tanto si es extraído de sangre, bulbo o semen. Además, es estable en la línea germinal, por lo que las señas correspondientes al individuo pueden ser identificadas como pertenecientes a uno u otro progenitor.

Al momento de la fecundación, 50% de la información genética es de origen materno y 50% de origen paterno. El núcleo de cada célula de un individuo tiene 46 cromosomas, 23 recibidos de la madre y 23 del padre.

En los exámenes precedentemente señalados (sistemas sanguíneos, grupos de proteínas séricas, HLA etc), la compatibilidad o incompatibilidad genética, se determina a través de los aspectos visibles de la información genética (fenotipos²⁷), es decir, de manera indirecta, en cambio, en esta

27 Fenotipo: Expresión morfológica, bioquímica o funcional del genotipo.

Genotipo: Constitución hereditaria fundamental, distribución de genes en un organismo dado.

nueva prueba biológica tal resultado se obtiene de manera directa con el análisis de la molécula de ADN.

El análisis de los perfiles del ADN en cuestiones legales ha adquirido creciente interés, su exactitud constituye un gran avance, permite celeridad y a la vez certeza en los resultados.

La administración de justicia es el estudio, entre otras cuestiones, del mejor aprovechamiento de todos los recursos de que dispone el Poder Judicial. Por lo tanto, sugiere la conveniencia de incorporar nuevos medios técnicos que otorguen eficiencia, rapidez y seguridad, trascendentales valores para la administración de justicia.

Todas las técnicas bioquímicas anteriores, que progresaron desde el análisis de los grupos sanguíneos a los exámenes inmunológicos, parecen en comparación, métodos primitivos²⁸. Esta pericia biológica hará que los exámenes biológicos tradicionales resulten superfluos en un gran número de casos.

3. UTILIDAD DE LAS HUELLAS DEL ADN:

La identificación de las personas mediante técnicas proporcionadas por esta ciencia alcanza ribetes significativos no sólo en derecho de familia con el objeto de determinar el parentesco biológico de un modo

28 Toufexis, A., Convicted by the genes, en TIME, núm. 44, p. 28, 31 de octubre de 1988, Chicago.

concluyente²⁹, sino en cuestiones de Derecho Penal (por ejemplo, determinación del autor de una violación), de Derecho Internacional Público (por ejemplo, entrada legítima de inmigrantes fundada en el parentesco³⁰). El Derecho Constitucional no es ajeno a la cuestión porque están involucrados el derecho a la identidad personal, a la intimidad, a la disposición del propio cuerpo, etc. Por eso se ha dicho que la cuestión excede lo meramente familiar afecta aspectos íntimos muy ceñidos a la persona humana que deben ser tomados en consideración³¹. Otro posible uso se encuentra en la propuesta efectuada por Magaret Benet durante la 22ª Conferencia Bienal de la IBA³² para casos de adopción. Serviría para certificar la maternidad en estos casos, es decir, que la mujer que entrega a un niño en adopción es su verdadera madre. La propuesta surge a raíz de los secuestros de recién nacidos en los países subdesarrollados, para entregarlos en países como los Estados Unidos, Alemania, el Reino Unido, etc., donde es muy grande la demanda de niños para adoptar. De este modo, aumentaría la seguridad de que el consentimiento no está

29 Cassens Moss, Debra, "DNA The new fingerprints", p. 66, ABA Journal, American Bar Association, Chicago, mayo de 1988.

30 Leonardi, Danilo, ob. cit., p. 947.

31 Kemelmajer de Carlucci, Aída, El Proyecto Genoma Humano, ED, 153-937, citando a Rivero, Hernández, Francisco, su nota a la sentencia del Tribunal Supremo de España del 8-8-1986, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, p. 3838, N° 12, 1986.

32 Genetic Fingerprinting proposed for adoptions, en Buenos Aires Herald, p. 2, 22ª Conferencia Bienal de la IBA, Buenos Aires, septiembre 29 de 1988.

viciado, y por lo tanto, se dificultaría el secuestro de recién nacidos. En los casos de personas perdidas, puede identificarse a un niño comparando su ADN con el de los presuntos progenitores.

4. BASES FRECUENCIALES DE LA POBLACIÓN:

La compatibilidad que surge, de la comparación de las fracciones de las moléculas de ADN extraídas de la sangre de dos personas en un caso de filiación biológica controvertida y/o material recuperado de semen, sangre u otros fluidos biológicos en una mancha o muestra y sangre de su probable dueño en un caso criminal, debe ser afirmada a la luz de resolver si el fenómeno observado es debido al azar (casual), o a una evidencia objetiva de la compatibilidad debida al origen genético común de las muestras (casual y no casual)³³.

Si dos muestras de tejido humano tienen patrones diferentes de ADN, ello determinará que provienen de dos personas distintas. Si en cambio, presentan patrones iguales, existen dos posibilidades:

- Que las muestras pertenezcan a la misma persona o a un gemelo idéntico.
- Que la muestra pertenezca a dos personas diferentes, pero donde las regiones investigadas del ADN para determinar los patrones del mismo, son iguales.

³³ Verruno, Haas y otros, ob. cit., p. 31.

Para comprobar estas dos posibilidades se usan tradicionalmente las estadísticas poblacionales, con el objeto de estimar la fracción de personas dentro de la población que presenten esta particular combinación de patrones genéticos.

Para ello es necesario estimar la frecuencia de los alelos específicos basados en la genética poblacional³⁴, una rama de la genética que surge a principios de siglo, luego del redescubrimiento de las Leyes de Mendel.

En los casos en que se acredita la existencia de un vínculo biológico entre dos muestras (inclusión), se recurre a una ficción metodológica, que es la de crear un hombre hipotético contra el individuo investigado. A través de este contraste entre lo que "es" y lo que "podría ser", se obtienen dos datos numéricos con los que se califica el vínculo analizado:

- 1.- Índice de paternidad/maternidad.
- 2.- Probabilidad de paternidad/maternidad.

Y en general:

- 3.- Probabilidad de inclusión.

Para llegar a construir ese "hombre hipotético", los laboratorios internacionales tipifican los marcadores utilizados en un número muy elevado de personas de la población, con el objeto de determinar las respectivas frecuencias poblacionales. Los estudios poblacionales se efectúan realizando las pruebas de laboratorio y procesándolas de

³⁴ Chieri, Primarosa – Zannoni, Eduardo, ob. cit. p.56.

acuerdo a la ley de Hardy-Weinberg, y el principio de Wahlund³⁵. Estas bases de datos frecuenciales deben ser llevadas a cabo por distintos laboratorios, y con distintas técnicas, como por ejemplo con radioisótopos y sin ellos.

El PRICAI ha organizado expediciones y publicado las frecuencias de la población argentina en general y de las poblaciones indígenas tobas, matacos y mapuches en particular.

El "índice de paternidad (PI)", es una de las formas de expresar la paternidad en la que se utiliza la población de referencia adoptada y se evita tener que utilizar un valor arbitrario de probabilidad *a priori* (Po), que en casos complejos puede dar lugar a dificultad.

Por ejemplo, un índice de paternidad (PI) de 100 a 1, quiere expresar que ese individuo tiene 100 posibilidades a 1 a favor de ser el padre.

$$\text{PI} = \frac{\text{X (probabilidad de ese individuo de ser el padre).}}{\text{Y (probabilidad de que sea un hombre al azar en la población de referencia).}}$$

35Soto Lamadrid, Miguel, Biogenética, Filiación y Delito, p. 561, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

Por lo que el índice de paternidad (PI) es el valor de la evidencia genética³⁶. Representa la chance que tiene el padre alegado de ser el padre biológico del niño comparado con un hombre al azar de raza similar.

Las bases de cálculo de la paternidad se basan en el Teorema de Bayes, obra de un pastor prebisteriano publicada en 1763. El análisis bayesiano considera una serie de hechos que forman parte de un experimento aleatorio o al azar. Este teorema es una consecuencia inmediata de la ley de multiplicación de la probabilidad, que sirve para conocer las probabilidades finales de un suceso a partir de las probabilidades iniciales. El Teorema de Bayes establece que para un par de sucesos determinados A y B en cualesquiera condiciones H, la probabilidad de A/B es: $p(A/B) \times p(A) / p(B)$ ³⁷.

5. PERICIA DEL ADN - PROCEDIMIENTO:

Un verdadero pionero en la utilización del ADN con fines forenses fue el doctor Alec Jeffreys³⁸ quien en el año 1984 ideó una técnica

36 Chieri, Primarosa – Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 76.

37 Chieri, Primarosa – Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 66.

38 El doctor Alec Jeffreys es "Lister Institute Research Fellow" en la Universidad de Leicester. Su descubrimiento se patentó en el Reino Unido en el año 1987 (UK Patent N° 2166445). El instituto Lister de Medicina Preventiva está tramitando también el patentamiento en otros países. Cellmark Diagnostocs (ICI) cuenta con los derechos mundiales sobre el método.

revolucionaria llamada *finger-printing* y cuyos fundamentos son los principios de identidad única, heredabilidad, e idéntica estructura del ADN dentro de todos los tejidos del mismo cuerpo. En la práctica esta técnica representa una verdadera huella genética del individuo y permite su identificación e individualización unívocas.

Jeffreys advierte la presencia en el ADN de regiones en las que una secuencia corta aparece en sucesivas repeticiones (tándem). Estas regiones se denominaron minisatélites. El número de repeticiones de la región, y por lo tanto su tamaño es variable en los alelos de diferentes loci³⁹ genéticos. Cuando el ADN es aislado y tratado, de modo de obtener fragmentos, la observación del tamaño de los mismos, arroja un perfil diferente para cada individuo (fragmentos de restricción de longitud polimórfica). El perfil varía considerablemente entre personas no emparentadas. Por lo tanto es posible utilizar esta técnica para la identificación de lazos parentales con una eficiencia de más del 99,99%. Por comparación del *finger-printing* de la madre y su hijo es posible identificar fragmentos de ADN presentes en el hijo que están ausentes en la madre y por lo tanto han sido heredados de su padre biológico; si el presunto padre no lo es, la mayor parte de las bandas de origen paterno identificadas en el hijo no estarán presentes en su *finger-printing*.

39 Locus: (plural loci): El lugar físico que ocupa un gen para un carácter dado en el cromosoma. En los organismos diploides puede ser ocupado como máximo por un par de alelos distintos, uno paterno y uno materno.

El doctor Alec Jeffreys inventó este método luego de observar que entre un 10 y un 30% del total del ADN no contiene información codificada y compone, por lo tanto, secuencias que pueden denominarse "mudas". Este ADN, aparentemente inútil, llamado "ADN satélite", se halla disperso entre el ADN que sí codifica. Partes de ese "ADN satélite" son idénticas en todos los seres humanos, pero otras, muy variables, se heredan conforme a las leyes de Mendel⁴⁰.

La unión de las cuatro bases (Adenina, Timina, Citosina y Guanina) da lugar a las largas secuencias con combinaciones variables y que tienen, además, la particularidad de presentar sitios donde ellas se repiten en forma secuencial y determinada. Estas secuencias y combinaciones dentro de la molécula de ADN, son únicas en su largo y localización para cada persona y son las que determinan la huella dactilar química a la que se bautizó con el nombre de *genetic fingerprint*.

Aunque la Ciencia poseía las herramientas necesarias para el estudio del ADN, su aplicación en la resolución de casos judiciales no se produjo hasta 1985, cuando el Ministerio del Interior Británico solicitó la ayuda de Alec Jeffreys. Los primeros casos de Criminalística fueron resueltos gracias a la técnica de los RFLPs (Fragmentos de Restricción de Longitud Polimórfica).

40 Böhm, Lothar y Taitz, Jérôld "The DNA- fingerprint: a revolutionary forensic identification test" en "South African Law Journal", p. 666, 1986.

Como hemos explicado, Jeffreys descubrió la existencia de unas regiones minisatélites hipervariables dispersas por el genoma humano que al ser tratadas con enzimas de restricción generaban fragmentos de longitud variable. Estudios posteriores realizados el mismo Jeffreys demostraron que las diferencias en el tamaño de estos fragmentos se debían a que estas regiones consistían en un determinado número de repeticiones en tándem de una secuencia central, el cual variaba de unos individuos a otros.

El primer *locus* de ADN polimórfico fue descubierto por Wyman y White en 1980 usando una sonda de ADN arbitraria. De esta manera observaron fragmentos de más de 15 longitudes diferentes en una pequeña muestra de individuos. Posteriormente se encontraron otros *loci hipervariables* como en la secuencia del gen de la insulina humana, en el oncogen "ras", en el pseudogen de la zeta-globina y en el gen de la mioglobina. Estos *loci hipervariables* constaban de repeticiones en tándem de manera que las diferentes longitudes de los fragmentos originados dependían del número de dichas repeticiones denominadas VNTR ("Variable Number of Tandem Repeat").

Tras el descubrimiento de los primeros VNTRs se vio que éstos podían ser aplicados a la medicina forense y sustituir a los marcadores clásicos. En un principio la manera de estudiar dichos marcadores se hizo por medio de la técnica llamada "Hibridación con sondas" o "Southern blot".

5.1. TÉCNICA SOUTHERN BLOT O HIBRIDACIÓN CON SONDAS:

Para emplear este sistema, el equipo de Alec Jeffreys creó una sonda que se vale de la circunstancia de que el ADN está integrado por dos filamentos los cuales si se separan, tienden a reunirse con su compañero durante el proceso denominado "*apareamiento de base*". Los filamentos del ADN tratados con una solución alcalina se dividen. Por lo tanto, quedan en la forma de ADN de un solo filamento. A su vez, los filamentos que tienen en común composición y secuencia, se atraen y se hibridizan⁴¹: El grado de complementariedad determinará el grado de apareamiento entre la sonda y la muestra. La "sonda" del ADN debe ser, por ello, lo suficientemente similar a la muestra para permitir la hibridización. Pero también, lo suficientemente distinta como para no aparearse con las partes del ADN que son exclusivas de la muestra que se analiza⁴².

Este método no hubiera existido sin el procedimiento de "*electroforesis sobre gel*" que empezó a utilizarse en los laboratorios a partir de 1975. Poco después, los progresos de la ingeniería genética permitieron el acceso a la molécula del ADN. Tampoco hubiera sido posible de no haberse descubierto las enzimas de restricción capaces de cortar el ADN en lugares precisos, como si fueran tijeras, y las sondas que como si

41 Hibridación: Reasociación de las cadenas complementarias de los ácidos nucleicos, nucleótidos o sondas.

42 Danilo, Leonardi, El ADN puede colaborar con la administración de justicia, LL, 1990-A-935.

fueran anzuelos detectan entre miles a los fragmentos del ADN que interesan⁴³.

Para los usos forenses, primero debe extraerse el ADN de una pequeña muestra de sangre, pelo, semen u otro tejido. Las enzimas de restricción cortan en lugares específicos el ADN que se aisló. Los fragmentos que se obtienen se colocan sobre una hoja de gel de agarosa, y se los separa mediante electroforesis, quedando acomodados según su tamaño. Estas bandas de fragmentos de ADN se transfieren a una membrana de nitrocelulosa o nylon, tal como la tinta se transfiere al papel secante⁴⁴. Esta copia es expuesta a las sondas para que se inicie la hibridación. Las sondas genéticas se pegan a las bandas de ADN en las que calzan. Los fragmentos complementarios entre la sonda y la muestra se hibridarán y se adherirán a la copia. Los no complementarios no se pegarán, y se los eliminará mediante un lavado posterior⁴⁵.

Como las sondas empleadas son radiactivas, puede captarse una imagen sobre película fotográfica (se emplea la del tipo de rayos "X").

Después del revelado, aparecerá un patrón de bandas: las "huellas del ADN". Cada banda que aparece indica que se trata de ADN reconocido

43 Brunel, Dominique, La genética al servicio de los carnets de identidad, en Mundo Científico, (versión en castellano de "La recherche"), p. 279, Buenos Aires, 1987.

44 Verruno, Luis, Hass, E., Raimondi, E., y Barbieri, A., Banco genético y el derecho a la intimidad, ps. 45 a 53, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

45 Böhm, Lothar y Thaitz, Jérolde, ob. cit., p. 667.

por la sonda. El patrón que se obtiene de cada individuo es una mezcla de los patrones de sus progenitores biológicos. Exceptuando, como se dijo, a los gemelos univitelinos. Hasta los hermanos descendientes de los mismos padres tienen patrones distintos⁴⁶, pues en cada uno de ellos se observan diferentes mezclas de los elementos de los patrones de los progenitores.

5.1.1. ETAPAS DEL ESTUDIO DE MARCADORES GENÉTICOS –

TÉCNICA SOUTHERN BLOT:

- I. Digestión del ADN con enzimas de restricción tras conseguir extraer un ADN de alta molecularidad.
- II. Separación de los fragmentos obtenidos por medio de una electroforesis en gel de agarosa.
- III. Desnaturalización de los fragmentos separados y cortados.
- IV. Transferencia de las cadenas simples a una membrana de nitrocelulosa o nylon y fijación de las mismas por medio de calor (80°C).
- V. Prehibridación con sondas de ADN inespecífico para bloquear los lugares de unión inespecíficos que pudiera haber en la membrana.
- VI. Con nucleótidos radioactivos se marca la sonda.

⁴⁶ Phillips, Katryn, DNA fingerprints, en Los Angeles Times, Science/Medicine section, 1988.

- VII. Hibridación de la sonda marcada y desnaturalizada con los fragmentos de ADN fijados a la membrana, y lavado de la membrana para eliminar el exceso de sonda o aquellas que hayan hibridado mal.
- VIII. Revelado en placa radiográfica e interpretación de los resultados.

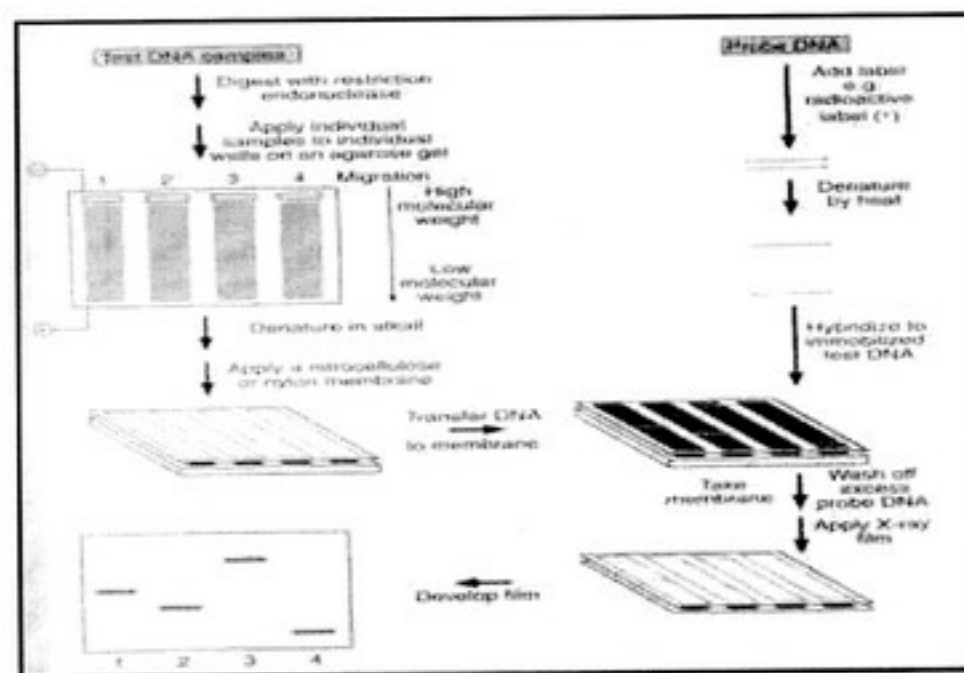


Figura N°2: Transferencia southern del ADN genómico.

5.1.2. SONDAS DE LUGAR MÚLTIPLE O MULTILOCUS (MLPs) Y DE LUGAR ÚNICO O UNILOCUS (SLPs) – SUS

APLICACIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD Y LA PATERNIDAD BIOLÓGICA:

Las sondas que se emplean para obtener la "huella genética" son de estos dos tipos. Se aplican a distintas situaciones unas u otras, según las muestras a analizar.

5.1.2.1. SONDAS DE LUGAR MÚLTIPLE, ADN

"FINGERPRINT MULTILOCUS":

El ADN "*Fingerprint Multilocus*" se compone de sondas de 10 a 15 nucleótidos que se repiten múltiples veces y tras el revelado se observan de 10 a 20 bandas por persona. Este patrón de múltiples bandas se conoce como huella genética multilocus o "*DNA fingerprint*".

En la mayoría de los casos, las secuencias repetitivas dentro de la molécula del ADN se buscan mediante sondas de lugar múltiple (MLPs: *multi locus probes*), copias del ADN ligeramente radiactivas. El resultado es el familiar patrón de numerosas bandas (con los beneficios que implica estadísticamente contar con tal cantidad de bandas).

En los casos de paternidad controvertida, para determinar el nexo biológico, se extrae una muestra, generalmente sanguínea, del hijo, de la madre y de, por ejemplo, los pretensos padres y se las compara. Debido al hecho de que los fragmentos detectados por estas sondas se heredan en forma mendeliana, se cumple que todas las bandas del hijo que no han sido heredadas de la madre, es decir, no presentes en la huella de ADN

de la madre, deben aparecer en la huella de ADN del padre. En consecuencia, a la hora de asignar la paternidad biológica de un individuo sería suficiente con que coincidieran sólo las bandas que no hubieran sido detectadas en la madre.

Las sondas del tipo MLPs permiten, al proporcionar un patrón de muchas bandas, establecer también otras relaciones de parentesco biológico: tíos, hermanos, primos, etcétera.

5.1.2.2. SONDAS DE LUGAR ÚNICO, ADN "FINGERPRINT UNILOCUS", "SINGLE LOCUS" O "MONOLOCUS":

Son específicas para una región de un determinado cromosoma. Se unen a secuencias largas de nucleótidos y presentan mayor variabilidad que las *sondas multilocus*. Como resultado se observan una o dos bandas por individuo, según sea homocigota o heterocigota. El patrón de bandas obtenido con estas sondas se denomina "*perfil unilocus de ADN*" o "*DNA profiling*".

En algunas situaciones, las muestras recuperadas contienen insuficiente ADN para emplear el método de MLPs, o bien éste se encuentra degradado (por ejemplo, si la muestra se almacenó en un lugar húmedo). Para ello, la solución se encuentra en esta versión más nueva de las sondas, las de lugar único (SLPs: *single locus probes*). El nombre surge debido a que éstas analizan la molécula del ADN en un único punto, la pericia es útil tanto en los casos de investigación de la paternidad como

en los casos penales. Pero es en estos últimos donde el método de SLPs revela su mayor utilidad: las muestras recuperadas son demasiado pequeñas o están degradadas. Como las sondas SLPs son unas 50 veces más sensibles que las MLPS, permiten obtener una "huella genética" a partir de una mancha de sangre o semen del tamaño de una cabeza de un alfiler, o de una única raíz de pelo. Otra particular habilidad de las SLPs es que funcionan perfectamente en los casos donde lo que se recupere sea una mezcla biológica, como en los casos de violaciones múltiples.

Para los casos de diagnóstico de la paternidad biológica utilizando sondas "*unilocus*", la madre, el hijo y el padre alegado suelen presentar cada uno dos bandas, correspondientes a cada uno de los alelos pertenecientes al locus estudiado. Uno de los alelos del hijo ha sido heredado de la madre y por lo tanto unas de las bandas del hijo coincide con una de las bandas maternas. El otro alelo del hijo ha sido heredado de su padre biológico, y por lo tanto, la otra banda del hijo tiene que coincidir con una banda presente en su padre biológico. Si esta banda no coincide con ninguna de las del presunto padre hay exclusión de paternidad. Por el contrario, si hay coincidencia, este individuo puede ser considerado el padre biológico. Las sondas "*unilocus*" presentan la desventaja de que no son tan resolutivas como las *multilocus*, de forma que un diagnóstico de la paternidad biológica requiere aplicar al menos tres sondas *unilocus*. Sin embargo, tienen la ventaja de que permiten cumplir las directrices a tener

en cuenta en la elaboración de un informe sobre diagnóstico de la paternidad biológica, las cuales exigen que en el caso de afirmación de la paternidad se incluya el índice de probabilidad de paternidad que como analizamos en el pto. 2.9.2 ("*Bases frecuencias de la población*") su significado es estimar en términos de probabilidad cuáles son las posibilidades del presunto padre de ser el verdadero padre biológico frente a las que tendría otro individuo tomado al azar en la población. De allí la necesidad de conocer las frecuencias alélicas en la población a la que pertenecen los individuos sometidos a la investigación de paternidad antes de aplicar los análisis de ADN con sondas *unilocus* al diagnóstico del nexo filial.

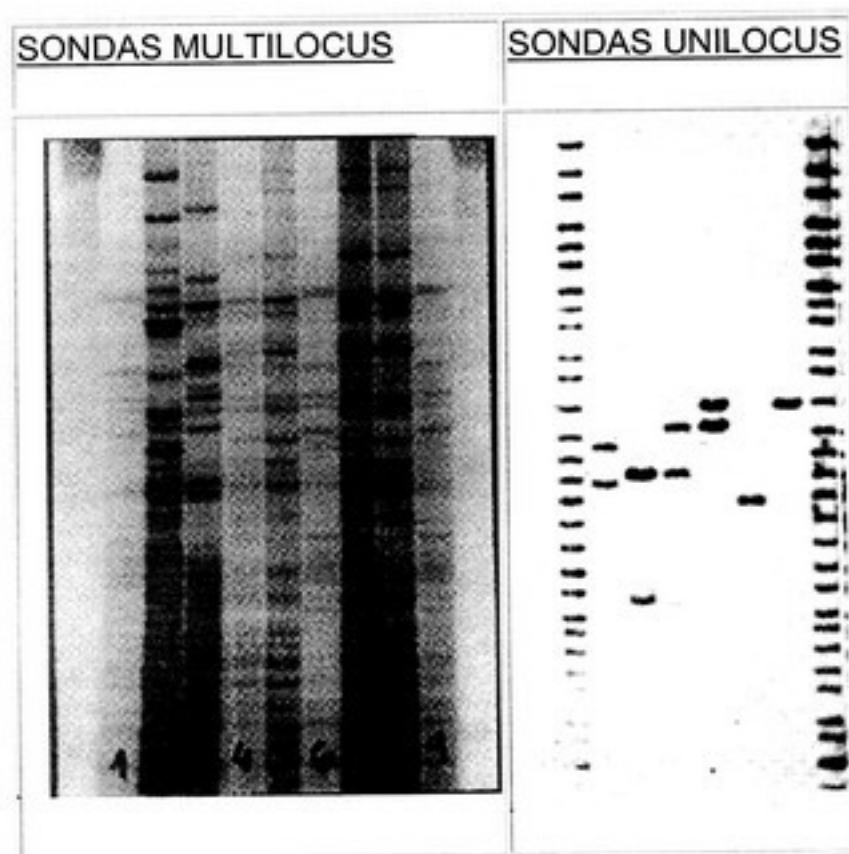


Figura N° 3: Sondas de lugar múltiple (MLPs) y de lugar único (SLPs).

5.1.2.2.1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS
SONDAS MULTI Y UNILOCUS:

- INFORMACIÓN APORTADA: las sondas *multilocus* tienen una mayor capacidad discriminativa al aparecer múltiples bandas. No obstante, las *unilocus* son más específicas ya que el fragmento de ADN con el que hibridan es de mayor tamaño.
- CANTIDAD Y CALIDAD DEL ADN: cuando se usan sondas *multilocus* se requiere aproximadamente un microgramo de ADN sin degradar mientras que en el caso de las *unilocus* se necesita menos de 100 nanogramos y este ADN no necesariamente debe estar en perfecto estado, siempre y cuando el fragmento complementario a la sonda esté intacto.
- ESPECIFICIDAD ENTRE ESPECIES: Las sondas *multilocus* permiten su uso sobre el ADN humano y de cientos de animales superiores, mientras que las *unilocus* son exclusivas de ADN humano.

A pesar de que el análisis SLPs ha sido y es bastante útil en estudios de paternidad no puede decirse lo mismo de su aplicación a la Criminalística ya que presenta una serie de inconvenientes como son:

- La cantidad de ADN que se necesita está entre 20 y 100 nanogramos, cantidad difícil de conseguir en casos de criminalística en los que los indicios biológicos encontrados son mínimos.
- En cuanto a la calidad del ADN, en la práctica forense es muy difícil encontrar en estado no degradado toda la cantidad de ADN que se necesita para un análisis con sondas unilocus.
- El tiempo requerido para este tipo de análisis es de dos o tres días.
- El hecho de que se requieran cantidades elevadas de ADN, hace que normalmente con el primer análisis se consuma la totalidad de la muestra, con lo que se dificultan contrapericias y una posterior revisión del caso.

Todas estas limitaciones fueron superadas gracias a la aplicación en Genética Forense de una técnica, la Reacción en Cadena de la Polimerasa ("PCR"), que supuso una revolución en muchos campos de la Biología y de la Medicina

5.2. REACCIÓN EN CADENA DE LA POLIMERASA ("PCR"):

El estudio de indicios biológicos por PCR ha permitido la resolución de un gran número de casos en Criminalística que hasta entonces eran desestimados por no poseer la suficiente cantidad de muestra para su análisis por RFLP. Con el uso de la PCR muestras tan mínimas como pueden ser un pelo con raíz, una minúscula mancha de sangre o semen e

incluso caspa, son suficientes en muchos casos para llevar a cabo un análisis de identificación genética.

5.2.1. ANÁLISIS POR LA REACCIÓN EN CADENA DE LA POLIMERASA ("PCR"):

La reacción en cadena de la polimerasa (conocida como PCR por sus siglas en inglés, *Polymerase Chain Reaction*) permite amplificar más de un millón de veces un ADN obtenido a partir de una región seleccionada del genoma, siempre y cuando se conozca una parte de su secuencia de nucleótidos. Esta técnica fue ideada en 1989 por Kary B. Mullis⁴⁷ que obtuvo el premio Nobel de Química en 1993 por dicho invento.

Para la PCR se utilizan dos oligonucleótidos⁴⁸ sintéticos de unos 15-20 nucleótidos que son complementarios a las zonas flanqueantes de la región que se quiere amplificar. Estos oligonucleótidos (habitualmente conocidos por su nombre en inglés, "*primers*") actúan como cebadores para la síntesis in vitro de ADN la cual está habitualmente catalizada por una enzima llamada *Taq polimerasa*. Dicha enzima se aísla de una bacteria termófila, denominada *Thermus Aquáticus*, que es capaz de crecer a temperaturas elevadas (79 - 85 ° C).

47 Mullis, The unusual origin of the polymerase chain reaction, "Sci. Am.", 262:56-65, 1990.

48 Pequeñas secuencias de nucleótidos sintetizados químicamente.

A esta temperatura dicha enzima es capaz de mantener una media de extensión de más de 60 nucleótidos por segundo en regiones ricas en uniones G-C. La temperatura óptima a la que actúa la *Taq polimerasa* permite el uso de elevadas temperaturas para la unión de los *primers* y para la extensión, de esta manera se aumenta el nivel de exigencia de la reacción y se reduce la extensión de los *primers* unidos inespecíficamente al ADN.

La reacción se lleva a cabo en una serie de ciclos cada uno de los cuales incluye tres fases o pasos.

5.2.1.1. FASES DE LA REACCIÓN EN CADENA DE LA POLIMERASA:

- I. DESNATURALIZACIÓN: Para que comience la reacción es necesario que el ADN molde se encuentre en forma de cadena sencilla. Esto se consigue aplicando temperaturas de 90 a 95°C que producen la rotura de los puentes de hidrógeno intercatenarios y por lo tanto la separación de ambas cadenas. Para conseguir la completa separación de las hebras de toda la muestra esta temperatura debe mantenerse unos minutos. Si el ADN sólo se desnaturaliza parcialmente, éste tenderá a renaturalizarse rápidamente evitando así una eficiente hibridación de los *primers* y una posterior extensión.

II. HIBRIDACIÓN: Esta fase se denomina también fase de "*annealing*" o de emparejamiento. Una vez que el ADN está desnaturalizado se disminuye la temperatura hasta un rango comprendido entre los 40 y los 60°C para que se pueda producir la unión de los *primers* a las secuencias flanqueantes del fragmento que se va a amplificar. La temperatura de fusión o *annealing* (T_m , "*melting temperature*") depende de varios factores y es relativamente específica para cada *primer*. La longitud de los *primers* y la secuencia son críticas en la designación de los parámetros de una amplificación.

No obstante, cada *primer* exige una serie de estudios experimentales para determinar su temperatura de *annealing* específica ya que si la temperatura es muy baja, la unión se hará de forma inespecífica y si es muy alta no se producirá una unión completa.

III. EXTENSIÓN: Durante este paso la *Taq polimerasa* incorpora nucleótidos en el extremo 3' del *primer* utilizando como molde la cadena de ADN previamente desnaturalizada. La temperatura a la que se lleva a cabo este paso suele ser de 72°C ya que es la temperatura a la que la *Taq polimerasa* alcanza su máxima actividad.

5.2.1.1.1. VENTAJAS DE LA ("PCR") FRENTE AL USO DE
LAS TÉCNICAS DE ANÁLISIS GENÉTICO
UTILIZADAS CON ANTERIORIDAD:

- Capacidad para obtener resultados en casos en los que la cantidad de ADN es mínima o en casos en los que el ADN esté parcialmente degradado.
- Genera en un espacio corto de tiempo un elevado número de copias de la secuencia de ADN que es objeto de estudio, lo cual permite utilizar técnicas de visualización más sencillas y rápidas que el uso de sondas marcadas radioactivamente.
- Permite la determinación y agrupación alélica en clases discretas, lo que facilita la elaboración de bases de datos al ser la estandarización inmediata y posibilitar la aplicación de métodos bioestadísticos y programas elaborados.

5.2.1.2. SISTEMAS DE ELECTROFORESIS:

Una vez amplificado el ADN, los fragmentos resultantes son separados en función de su tamaño por medio de un proceso de electroforesis. Actualmente se utilizan dos tipos de electroforesis en los laboratorios de Genética Forense:

- 1.- Electroforesis en geles verticales de poliacrilamida.
- 2.- Electroforesis capilar.

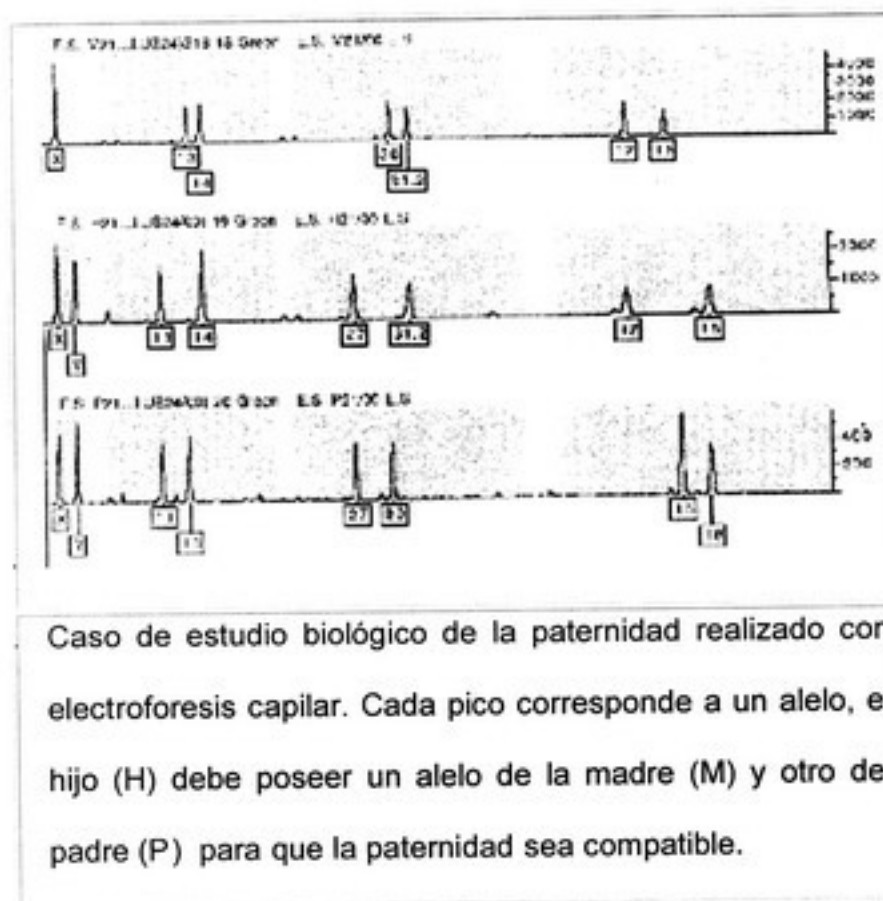
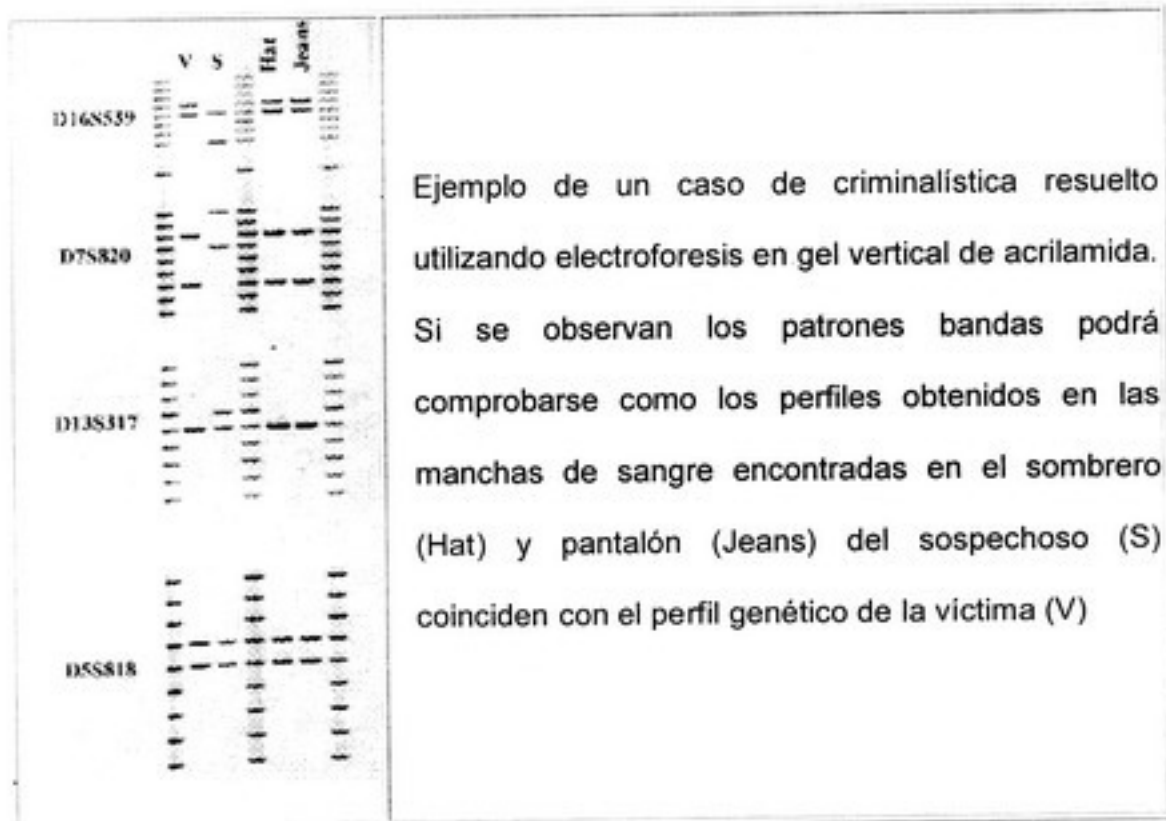
La electroforesis capilar es una técnica relativamente novedosa en el campo de la Genética Forense pero que poco a poco sustituye a los sistemas de electroforesis vertical. En este caso el proceso electroforético es llevado a cabo en un capilar de silica de unas 50 μm de diámetro, lo cual hace que la cantidad de calor generado sea menor y que puedan aplicarse voltajes mayores.

Para que puedan ser analizados por electroforesis capilar los *primers* o los dideoxinucleótidos (en el caso de la secuenciación) deben ser marcados fluorescentemente con unas moléculas denominadas *fluorocromos* que emiten fluorescencia a una determinada longitud de onda cuando son excitados por láser. El equipo en el que se realiza el proceso lleva acoplado un ordenador encargado de traducir los datos de emisiones fluorescentes en secuencias o fragmentos con sus correspondientes alelos asignados.

La electroforesis capilar presenta una serie de ventajas frente a los sistemas de electroforesis vertical como son:

- Rapidez: ya que permite el análisis simultáneo de varios loci aunque éstos posean alelos con tamaños solapantes.
- Sensibilidad: hace posible detectar cantidades muy pequeñas de ADN amplificado.

Los resultados se obtienen de manera informatizada, lo que evita problemas de interpretación y facilita el análisis de los mismos a través de programas informáticos.



Las técnicas de análisis genético se encuentran hoy en día en continuo desarrollo y evolución. La necesidad de técnicas que permitan el aislamiento y análisis de los casi cien mil genes que componen el genoma humano justifica la existencia de líneas de investigación destinadas al descubrimiento de nuevos métodos que permitan monitorizar elevados volúmenes de información genética en paralelo y que reduzcan tanto el tiempo empleado como el coste por análisis.

Desde el análisis de los primeros polimorfismos de ADN con fines identificativos, la Genética Forense ha sufrido una gran evolución. Los expertos en la materia han sido testigos de cómo el descubrimiento de la PCR revolucionó las técnicas de identificación genética.

PRUEBA DE ADN

-CAPÍTULO N° 2-

VALOR DE LA PRUEBA DE ADN EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN.

MARÍA FERNANDA YAPUR.
SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY.

VALOR DE LA PRUEBA DEL ADN EN LAS

ACCIONES DE FILIACIÓN

ÍNDICE:

1. Introducción.

1.1. Presentación metodológica.

2. Avance científico de las pruebas biológicas y su influencia en la determinación jurídica de la paternidad –valor probatorio-.

2.1. Primera etapa: La prueba hematológica y las decisiones judiciales registradas hasta la década del 70'.

2.1.1. Cuantificación de la probabilidad de la paternidad.

2.2. La prueba de Incompatibilidad Immunogenética "PCI".

2.2.1. Segunda etapa: Determinación de la paternidad por el sistema HLA o Complejo Mayor de Histocompatibilidad.

2.2.2. Tercera etapa: Los estudios relativos a la tipificación del ADN.

2.2.3. Indicaciones del sistema HLA y tipificación de ADN en el fuero civil.

2.2.4. ¿Basta esta pericial o el juez debe, en todos los casos, fundar su decisorio también en otra prueba?.

2.2.4.1. Seriedad en las pericias.

2.2.4.2. Lista de requisitos básicos para la utilización del estudio del polimorfismo del ADN cuando se los utiliza con el objeto de una investigación de filiación biológica, publicada por la *American Association of Blood Banks*.

3. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.

3.1. Los derechos de la personalidad y el derecho a conocer la identidad biológica en el constitucionalismo civil.

3.1.1. La unidad de la filiación.

3.1.2. Antinomia entre normas constitucionales de fuente internacional y normas constitucionales originarias en materia de filiación.

3.1.2.1. Conflicto entre el derecho a la identidad y el derecho a la integridad física, a defenderse a no autoincriminarse y a la intimidad.

3.2. Constitucionalidad de las consecuencias que se extraen de la negativa injustificada a someterse a estos exámenes.

3.2.1. Negativa Justificada.

4. Variación en el tiempo de los efectos procesales que acarrea la negativa a someterse a las pruebas biológicas.

4.1. Primera Etapa: Presunción en contra de quien niega a someterse al examen hematológico - decisiones judiciales registradas hasta la década del 70'.

4.2. Segunda Etapa: Renuencia paterna a la prueba del HLA.

4.2.1. Prueba genética y prueba de las relaciones sexuales, *exceptio plurium concumbentium* y testimonial antes y después de la segunda etapa.

5. Evolución legislativa.

5.1. Ley de creación del banco nacional de datos genéticos N° 23.511, art. 4 -indicios y presunciones-.

5.1.1. Orden de prelación en las pruebas de filiación.

5.1.2. Observaciones en cuanto a sus alcances.

5.1.3. ¿qué debe entenderse por indicio contrario a la posición sustentada por el renuente?.

6. Negativa al sometimiento de la prueba biológica en la tercera etapa.

6.1. ¿Podría constituir la negativa del demandado base suficiente para fundar la sentencia que declare la filiación?

7. Conclusión:

Obligatoriedad de los exámenes biológicos – efectos de reconocimiento de filiación alegada ante la negativa a colaborar al peritaje de la PCI - manifestaciones jurisprudenciales de “*lege ferenda*”.

- Apéndice jurisprudencial.
- Proyecto de ley.
- Bibliografía

VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DEL ADN

EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN:

La naturaleza mediante el hecho del hombre, representa el elemento fundamental y primario de la filiación. Sólo la relación biológica es creadora y creativa y ese hecho natural establece un vínculo entre las partes (progenitores e hijo) pero cuya existencia no basta por sí misma para hacer nacer el vínculo jurídico. El vínculo biológico es eterno, responde a la verdad y autenticidad de una relación natural; en cambio, el vínculo jurídico es calificador solamente y responde a la verdad jurídica. El ejemplo lo da claramente el hijo de padres desconocidos, tiene realidad biológica y filiación biológica no revelada, y en cambio carece de toda filiación jurídica y de todo vínculo legal¹. Por razones de orden público, económico, social y familiar, así como también por seguridad social y jurídica y por vivencia y mantenimiento de postulados morales y religiosos, es preciso correlacionar el hecho biológico con una debida adecuación jurídica.

La filiación es esencialmente un hecho biológico que puede acreditarse por todo medio idóneo y particularmente a través del reconocimiento expreso –que no requiere prueba- o de la presunción legal derivada de la

¹ López del Carril, Julio, La filiación y la ley 23.264, p. 24, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1987.

posesión de estado o del concubinato de los padres². Estos hechos de la realidad suponen *juris tantum* el nexo biológico, pero esta presunción siempre puede desvirtuarse demostrando su inexistencia.

Focalizada la cuestión en esta realidad vital, el derecho le atribuye importantes efectos jurídicos. Entiende que ella es la consecuencia de una voluntad procreacional cuyo efecto lógico es la consiguiente responsabilidad, pero cuya derivación jurídica no se agota en los progenitores sino que genera un complejo sistema de derechos y responsabilidades que involucra a los padres, al hijo, a terceros y a la comunidad en su conjunto, cuyo interés en defensa del individuo humano subyace en toda esta problemática. De la importancia del nexo biológico como supuesto filiatorio, se infiere la trascendencia del progreso hacia la posibilidad cierta de captar esa realidad y consecuentemente que el órgano jurisdiccional pueda imputar correctamente sus efectos jurídicos³.

En el Estado de Norteamérica muchos menores necesitan ser asistidos por falta de medios y la tercera parte de estos niños que necesitan el recurso de la protección estatal son extramatrimoniales. Una vez

² La Ley 23.264 o reforma de 1985 (Adla, XLV-D, 3581) enfatiza sobre el nexo biológico al reformular en los siguientes términos los arts. 256 del Código Civil; "*La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico*" y el art. 257, que a su vez expresa "*El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario*". También en el reconocimiento se afirma lo mismo indirectamente, pues si bien no se exige acreditar el nexo biológico, se lo supone implícitamente, de allí que el art. 263 del Código Civil admite la acción de impugnación de ese reconocimiento por todos aquellos "que tengan interés en hacerlo".

³ Gregorini Clusellas, Eduardo, Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación, LL, 1995-D-310.

identificado el padre éste debe hacerse responsable de los gastos pertinentes al hijo⁴ descargando al Estado y permitiendo una mejor atención a aquellos que lo demanden. En nuestro país generalmente es la madre quien corre con el peso económico y asistencial general del niño, muchas veces en total indefensión. Una parte importante de la población vive en la promiscuidad y pobreza estructural, las jóvenes madres por lo general son solteras y no conocen al padre de la criatura o no conviven con él.

Las pruebas biológicas proveen sin duda los mejores métodos para dilucidar totalmente los intereses involucrados, evitando factores subjetivos en los mismos. En este orden de cosas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dio un paso significativo al disponer en la acordada 23/92: *"El Poder Judicial de la Nación anticipará el pago de los estudios de histocompatibilidad (HLA) y de inmunogenética (ADN), cuando su realización fuere indispensable para el resultado del proceso, consecuencia de medida de oficio o pedida por quien actúa con beneficio de litigar sin gastos. En los restantes casos, el tribunal interviniente solicitará a la institución correspondiente su realización, corriendo su pago por cuenta del interesado"*.

Las obligaciones del padre, una vez asignado el vínculo biológico con certeza a través de las pruebas inmunogenéticas, van desde lo moral a lo

⁴ Verruno, Luis, Hass y otros, Manual para la investigación de la filiación, p. 15, Ed. Abeledo-Perrot, 2º ed., Bs.As., 1994, citando al Programa de Ayuda de Familias con Niños Dependientes (AFDC Program), 42 USC 602 (a) (26) (B) 1976, "Office of Child Support Enforcement", US Dept. of Health, Education and Welfare, Tenyo N° 41, 1980.

jurídico. Cuando menos debería brindar un adecuado soporte económico, haciéndose responsable de la vida que él mismo ha contribuido a generar. Puede, además, ser perseguido penalmente por incumplimiento de sus deberes de asistencia familiar.

Las pruebas biológicas relativas a la paternidad eran desconocidas en el tiempo en que se elaboró el Código Civil, por lo que el legislador no pudo tomar posición frente a las mismas. Con anterioridad a la reforma introducida a la obra de Vélez por la ley 23.264, (Adla, XLV-D, 3581), cuya entrada en vigencia fue el 1º de noviembre de 1985, la doctrina en forma unánime aceptaba las pruebas biológicas a pesar de no estar expresamente consagradas, pero su valor probatorio jugaba decisivamente en sentido negativo al revelar incompatibilidad de grupos sanguíneos y en sentido afirmativo solamente acreditaba una mera probabilidad porque permitía un considerable margen de error.

El enfoque tradicional para la determinación del nexo filial, partía de dos hechos prácticamente imposibles de acreditar, de los cuales uno era antecedente necesario (las relaciones sexuales) y el otro consecuente y central (el nexo biológico), para lo cual se estableció un sistema de presunciones que cuando asertivamente eran graves, precisas y concordantes, acreditaban la filiación. De allí que se requería probar la existencia de relaciones sexuales de la madre con el presunto padre durante el período legal de la concepción, las que inferían con mayor o menor fuerza una presunción, a la que podían unirse otras, como la

posesión de estado del hijo (el trato recibido por el presunto padre), reconocimientos incidentales, correspondencia, fotografías, etc., que denotaban el arduo esfuerzo que debía desplegarse en un marco probatorio que, de todos modos, no lograría nunca descender hasta la verdad misma.

Cuando la filiación se determinaba esencialmente mediante las pruebas de las relaciones íntimas de la madre con el presunto padre a la época de la concepción, los demandados, para eludir su responsabilidad procreacional, acudían a la excepción de pluralidad de concúbitos. La famosa *exceptio plurium concumbentium* era una muestra precisa del contexto presuncional en el que, por necesidad, se movían los jueces⁵. Hoy, ante la gravitación que han adquirido los exámenes biológicos, utilizan el recurso de no prestar colaboración para su realización.

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, una de las primeras investigaciones científicas que permitió conocer la forma en que las estructuras de la sangre se transmiten hereditariamente fue la efectuada por Landsteiner, quien en el año 1901, descubre el sistema antígeno ABO; veintiséis años después, junto a Levine ubican dos nuevos factores sanguíneos M y N; el propio Rhesus halla el factor RH en 1940; el antígeno genético de Kell-Cellano se descubre en 1946; el de Lutheran, Duffy, Auberger y Kidd a mediados del siglo pasado. Posteriormente en 1952, Jean Dausset descubre el sistema HLA de histocompatibilidad que

⁵ Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, Prueba del ADN, p.190, Ed. Astrea, Bs. As., 2001.

permite descartar o no el vínculo biológico; en el año 1953 Watson y Crick descubren el ADN. Smithies en 1955 demostró que el sistema celular humano contiene proteínas cuyo origen estructural está consagrado genéticamente. El doctor Alec Jeffreys, en el año 1984, ideó una técnica llamada finger-printing que no busca identificar indirectamente a los individuos señalando ciertas diferencias (por ejemplo: grupos sanguíneos, enzimas, antígenos, etc.) que varían de uno a otro dentro de cada especie, sino que se dirige al código de la vida, al ADN. A partir de este asombroso método de las huellas genéticas, la posibilidad de que dos individuos sin vínculo biológico entre sí compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000⁶.

En definitiva, las investigaciones científicas coinciden en consagrar que, todo componente ubicado en un hijo, debe encontrarse indefectiblemente, en alguno de sus progenitores, de no ser así, la paternidad es imposible porque no encontraría sustento con el mecanismo de la transmisión hereditaria. Los avances científicos, han posibilitado contar en esta materia, con una prueba asertiva como es la del HLA, una realidad o evidencia valorada en el Congreso como fundamento de la sanción de la ley 23.264. El logro científico de referencia ha de computarse como verdad recibida en los juicios que se susciten en materia de filiación, habida cuenta del unánime consenso existente respecto de la especificidad y certeza de la prueba biológica basada en el ADN de cada

⁶ Leonardi, Danilo, El ADN puede colaborar con la administración de justicia, LL, 1990-A-934.

persona. Hay una suerte de preclusión a su respecto en el ámbito de la medicina con correlativa incidencia en el campo jurídico. En otros términos, la nueva certeza científica ha de operar ahora con fuerza equivalente en sede judicial.

1.1. PRESENTACIÓN METODOLÓGICA:

El presente capítulo divide el análisis del valor probatorio otorgado a las pruebas biológicas en el proceso judicial, en tres etapas de evolución científico-jurídica. La primera abarca los sistemas de investigación de los grupos sanguíneos hasta fines de la década del 70', donde comienza la segunda etapa en la que el revolucionario sistema HLA comienza a ser aplicado por los tribunales antes de la entrada en vigencia de la ley 23.264, y la tercera tiene lugar con la utilización de la prueba de tipificación del ADN, cuyas huellas o perfil permiten determinar la paternidad o maternidad y parentescos consanguíneos más lejanos, con certeza del 99,99%.

En virtud de los avances científicos, la estructura probatoria de los juicios en que se debate la filiación se ha modificado sustancialmente. El gran apoyo que la genética presta a la justicia es indudable, nuestro derecho positivo ha reconocido -en su letra- el valor probatorio de las pruebas biológicas que constituyen un elemento de gran importancia en las acciones de filiación. Sigue siendo materia de controversias, en cambio,

cuáles son los efectos procesales de la negativa al sometimiento de las pericias biológicas.

En el año 1987 se ha sancionado y luego reglamentado la ley 23.511, sobre la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos cuyo art. 4º expresa que la negativa a someterse a exámenes de tipo biológico *"constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente"*, siendo éste el único caso en nuestra legislación en el que se hace mención a esta inconducta procesal.

Analizaremos el proceso evolutivo científico, jurisprudencial, legislativo y doctrinario respecto de los efectos que acarrea la renuencia paterna al sometimiento de la prueba biológica en tres etapas divididas en forma idéntica a las anteriores, ya que las consecuencias de ésta se correlacionan con la fuerza probatoria que se otorga al resultado de la pericia biológica.

La recepción de los adelantos científicos constituye un valioso aporte destinado a lograr emplazamientos filiales auténticos y un apoyo trascendente al fortalecimiento de la responsabilidad procreacional. Más allá de la ética, la moral y la razón, las leyes, a través de sus ejecutores naturales, los jueces, deben restablecer el delicado equilibrio social.

2. AVANCE CIENTÍFICO DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y SU INFLUENCIA EN LA DETERMINACIÓN JURÍDICA DE LA PATERNIDAD - VALOR PROBATORIO -:

2.1. PRIMERA ETAPA: LA PRUEBA HEMATOLÓGICA Y LAS DECISIONES JUDICIALES REGISTRADAS HASTA LA DÉCADA DEL 70':

La prueba hematológica destinada a la determinación de la paternidad ha sido recogida en el campo jurídico con una categorización a priori de mera probabilidad, al no brindar absoluta certeza, no era prueba por sí misma, pudiendo receptarse únicamente para ser tratada como indicio o presunción y siempre en presencia de otra prueba corroborante. En base a la relatividad de las tradicionales pruebas hematológicas, la tendencia unánime de los jueces, en armonía con la orientación doctrinaria⁷, ha sido considerar a la prueba de los grupos sanguíneos sólo categórica para excluir la paternidad pero no suficiente para su determinación positiva⁸. Vale decir que su valor probatorio se enderezaba a descartar el vínculo biológico mas no a demostrarlo en caso de que tal incompatibilidad no existiese⁹.

⁷ Belluscio, Augusto César, Nociones de Derecho de Familia, p. 61; Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1969, t.VI; Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia, p. 96, 5ª ed., Ed. Perrot, t. II, núm. 732; Díaz de Guijarro, Enrique, Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y la técnica moderna, JA, 1965-VI-126; LLambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, art. 325, núm. 16, p. 1015, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978; Zannoni, Eduardo Derecho de Familia, t.2, p. 471, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978; Congreso Nacional de Derecho Civil, año 1961.

⁸ CNCiv., sala C, abril 17-958, JA, 1958-IV-33; CNCiv., diciembre 23-959, JA, 1960-III-227; CNCiv., sala F, diciembre 27-960, JA, 1961-II-519; CNCiv., sala B, febrero 7-962, LL, 106-489; CNCiv., sala A, julio 25-973, ED, 53-388; CNCiv., sala C, junio 28-974, ED, 58-263; JA, 1974-24-270; CNCiv., sala F, diciembre 29-975, ED, 67-359; LL, 1976-C-151, fallo 73.189.

⁹ Carnelli, Lorenzo, la investigación técnica de la paternidad; Stratta, Osvaldo J., Alcance de la prueba hematológica, LL, 48-176; Raitzin, Alejandro, La investigación médico

Pero a medida que se emplearon en las pericias diversos sistemas sanguíneos para el examen comparativo, el criterio jurisprudencial acusa una variación. Aumenta la valoración de la correspondencia hallada entre el hijo y el imputado como padre. La cantidad de aglutígenos usados, se dijo, produce un acrecentamiento de la verosimilitud de la paternidad *"convirtiéndose en un indicio de carácter apreciable por el grado de probabilidad que encierra"*¹⁰, en otra sentencia se ha sostenido que *"la correlación sanguínea en todos los sistemas, si bien no permite la atribución de paternidad, a tantas coincidencias debía reconocérsele cierto peso"*¹¹.

Esta orientación que iba adquiriendo cuerpo en los pronunciamientos judiciales, se basaba en el siguiente razonamiento: Si solamente se ha utilizado un sistema, por ejemplo, el ABO, la compatibilidad obtenida constituye un aporte débil a la determinación de la paternidad, porque son muchos los hombres que cuentan con el mismo grupo sanguíneo que el presunto padre. En cambio, si aumenta el número de propiedades bioquímicas que se cotejan, la concordancia encontrada adquiere mayor entidad y su efecto jurídico desde el punto de vista de la determinación de la paternidad debe, sin duda, variar, porque va disminuyendo la posibilidad de obtener la misma compatibilidad con otros hombres.

forense de la paternidad, la maternidad y el parentesco, Cfr. C2º Apel. La Plata, 15/12/49, LL, 54-345 y JA, 1949-I-428; CNCiv, sala A, 25/7/73, ED, 53-388; id., Sala F, 29/12/75, LL, 1976-C-151, fallo 73.189; Zannoni, Eduardo, Derecho de familia, t.II, p. 476.

¹⁰ CNCiv., sala C, abril 30-973, LL, 152-29; JA, 1973-19-137.

¹¹ CNCiv., sala A, julio 25-973, ED, 53-388.

La reseña referida a los principales sistemas sanguíneos evidencia la cantidad de clases de sangre que es posible hallar. por ejemplo, si sólo tomamos los factores del sistema ABO, M y N, P y RH, se obtienen 48 categorías hematológicas distintas.

Los diversos sistemas sanguíneos funcionan en forma independiente, o sea, no existe relación entre los mismos y se transmiten por genes distintos. Por lo tanto, cuanto mayor número de factores se utilizan en una prueba hematológica, más elevada será la probabilidad de descartar a quien no es el padre. Utilizando solamente el sistema ABO, era posible la exclusión en un 16% de los casos; combinándolo con el sistema M y N, tal posibilidad aumentaba al 33% y si se adicionaba el estudio del sistema Rhesus, se elevaba al 84%. La independencia de los sistemas sanguíneos significa pues, que es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad, pese a que en las otras se manifieste concordancia, para que pueda desecharse la existencia de vínculo filial. En este sentido se ha dicho que la incompatibilidad sanguínea, surgida de cualquiera de los sistemas utilizados, demuestra fehacientemente que una persona no es el padre del nacido¹²; probada en cambio la concordancia, ésta sólo establece una probabilidad¹³ pero nunca permite su afirmación con

¹² CNCiv., sala D, mayo 2-957, LL, 88-213.

¹³ Corte Suprema de Tucumán, abril 9-958, LL, 105-606.

certidumbre¹⁴ razón por la cual únicamente funciona como elemento coadyuvante o complementario de otras probanzas¹⁵.

El descubrimiento de la multiplicidad de sistemas sanguíneos y la utilización de métodos matemáticos que permitieron cuantificar la probabilidad, facilitó su valoración en cada situación concreta, aun cuando no se haya podido arribar a la certeza. Es decir, tuvo la capacidad de crear en el ánimo del juez una presunción de mayor peso debido a la gran probabilidad que implicaba el hecho de que existan concordancias en los diversos sistemas estudiados; máxime, cuando se trataba de similitud entre sistemas o antígenos de rara aparición, como es el Mg, por ejemplo. Hirszfeld, citado en un fallo pronunciado en el año 1939, previendo el curso del desarrollo científico, sostuvo que si hasta ese momento la serología solamente había servido para excluir la paternidad, contribuyendo más a la defensa del hombre que a la de la del niño y de la madre, las comprobaciones de nuevas propiedades grupales podían conducir no sólo ya a establecer quién no es el padre, sino quién lo es¹⁶. Sin embargo, pese a que mediante la prueba hematológica se puede arribar a una probabilidad de paternidad elevada, un margen de error en la aplicación de la prueba sanguínea, importa una lesión a la personalidad, de allí que cuando de los exámenes hematológicos resulta

¹⁴ CNCiv., sala B, febrero 7-962, LL, 106-489.

¹⁵ CNCiv., sala E, agosto 26-976, ED 73-376; CNCiv., junio 28-974, ED, 58-263; CNCiv., sala D, febrero 28-962, LL 107-730.

¹⁶ Fallo de primera instancia, agosto 7-939, LL, 15-656.

compatibilidad, dicho resultado nunca constituirá la afirmación positiva del vínculo filial.

2.1.1. CUANTIFICACIÓN DE LA PROBABILIDAD DE LA PATERNIDAD:

La prueba hematológica permite excluir en forma segura la paternidad de un sujeto. Pero esta exclusión no es más que un aspecto de un problema más vasto: ¿Cómo se cuantifica la probabilidad de la paternidad para proporcionar al juez una información precisa?

El grado de probabilidad puede ir de 0 a 1. Si el resultado es 0, queda excluida la paternidad con certeza absoluta y allí termina el procedimiento. Pero si de los diversos exámenes comparando la sangre del niño, presunto padre y la madre y mediante el empleo de un determinado repertorio serológico, se concluye que hay compatibilidad, esto significa, como hemos visto, que el sujeto "puede" ser el padre. Es decir, sólo existe una probabilidad de paternidad que en la instancia jurídica era calificada como una presunción de paternidad.

No es nuestro propósito extendernos en aspectos técnicos, por lo que sólo daremos una noción básica para que se comprenda la forma en que el procedimiento es utilizado.

Se parte de dos hipótesis o supuestos, a cada uno de los cuales se le atribuye una determinada probabilidad *a priori*. La primera hipótesis es que la persona "R" (o sea aquel que es imputado como padre) es

realmente el padre biológico y la segunda hipótesis es que aquél no es el padre biológico, sino que lo es un sujeto tomado al azar de la población "X". Bajo cada una de estas hipótesis se determina la probabilidad condicional¹⁷ de que el niño tenga el fenotipo observado que puede ser cualquier factor sanguíneo o marcador genético. Si partimos de la primera hipótesis, o sea, que el sujeto imputado "R" es el padre, la probabilidad condicional de que el niño tenga, por ejemplo, el grupo sanguíneo B en el sistema ABO, será aquella que se establece sabiendo o conociendo los fenotipos de la madre y del presunto padre y el modo de su transmisión. Si por el contrario partimos de la segunda hipótesis, es decir, el individuo imputado no es el padre sino cualquier hombre X, la probabilidad condicional de que el niño tenga el fenotipo observado, o sea, el grupo sanguíneo B, dependerá de la frecuencia de dicho fenotipo en la población. A partir de estas probabilidades condicionales *a priori*, según se considera que el demandado es el padre o un sujeto cualquiera de la población, la fórmula de Bayes permite arribar a una probabilidad de paternidad *a posteriori*. Si se desea mejorar el índice de probabilidad obtenido, es decir, aumentar su grado de confianza, se empleará como probabilidad *a priori*, la probabilidad *a posteriori* resultante de la etapa precedente. Este método constituye un procedimiento dinámico que permite mejorar paso a paso, después de la observación de cada sistema

¹⁷ Probabilidad condicional: Probabilidad de que tenga lugar un suceso, sabiendo o conociendo la existencia de otro.

sanguíneo, el grado de certidumbre o incertidumbre que podemos tener sobre la estimación.

Frente a cada examen basado en un marcador hereditario, se obtiene un nuevo valor de probabilidad. Si ésta siempre está comprendida entre 0 (exclusión) y 1 (certeza), cuanto más se aproxima dicha probabilidad a 1 (certeza), habrá mayor seguridad respecto de la existencia del nexo biológico. Algunos autores¹⁸, una vez hallado el índice correspondiente a la probabilidad de la paternidad a nivel biológico, calculan la probabilidad de la de la paternidad final teniendo en cuenta otros antecedentes del caso, por ejemplo, si en el juicio se había verificado que la madre y el presunto padre habían mantenido relaciones sexuales durante la época de la concepción, posesión de estado, etc.

Estos métodos permiten medir la probabilidad de la paternidad en cada caso concreto, el uso de técnicas matemáticas puede dar un mayor fundamento científico a la decisión del juez al facilitar una valoración más precisa (cuantificada) de los exámenes periciales¹⁹. Empero, es menester insistir, que pese a que se puede arribar a una probabilidad de paternidad elevada con este método que utiliza múltiples sistemas sanguíneos, nunca será igual a 1, es decir, nunca constituirá la afirmación positiva del vínculo filial²⁰.

¹⁸ Salmon, D. y Jacquard, A., *¿Existe t'il una probabilité de paternité?* Medicine legale et damages corporels., p. 484, 1971.

¹⁹ Grosman, Cecilia, Influencia del avance científico en la determinación jurídica de la paternidad, ED, t. 85-177.

²⁰ Salmon, D. y Jacquard, A., trab. cit, p.348.

2.2. LA PRUEBA DE COMPATIBILIDAD INMUNOGENÉTICA "PCI":

Todas las testificaciones inmunogenéticas pueden englobarse bajo el nombre genérico de Prueba de Compatibilidad Inmunogenética o PCI. Este nombre ya fue acunado en varios fallos y confirmado por dictamen de las Cámaras²¹. Tiene el valor de deslindar la carga negativa de la antigua pericia hematológica de tan bajo perfil diagnóstico y la cual obligó a librar una batalla de años para desplazarla no sólo del ámbito de los tribunales sino del prejuicio de la comunidad. La PCI se compone fundamentalmente de dos tipos de estudios, el sistema HLA y el polimorfismo molecular del ADN.

2.2.1. SEGUNDA ETAPA: DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL SISTEMA HLA O COMPLEJO MAYOR DE HISTOCOMPATIBILIDAD:

Los avances científicos obligaron a replantear el sistema tradicional de las presunciones múltiples, en que lo decisivo no era una en particular, sino el conjunto de las mismas en un determinado sentido para sustituirlo por otro en el que la prueba pericial, por su preponderancia, "oscurecía" los demás elementos probatorios.

La introducción de las pruebas biológicas ha convulsionado no sólo el campo de la medicina sino que ha provocado en el ámbito de la

²¹ Verruno, Luis, Haas y otros, ob. cit., p. 93.

determinación filiatoria una verdadera revolución conceptual alterando el valor de apreciación de los elementos en juego e invirtiendo el *onus probandi* en derredor del mismo. Quien afirma ser hijo del demandado, que lo niega, debe probar su afirmación, siendo notable la conversión de la carga de la prueba que han aportado los progresos científicos en materia genética ya que el que rehúsa su paternidad debe ofrecer y rendir pruebas que contradigan las presentadas por el actor y las presunciones que favorecen la posición de este último²², no cabe que solamente se limite a negar²³.

Fue así como a partir del primer caso (M.L.E. c. B.L. s/ filiación)²⁴ en que nuestros tribunales aplicaron el sistema HLA, para determinar una filiación extramatrimonial, la jurisprudencia fue adecuando progresivamente su interpretación a la "novedad producida"²⁵. La correspondiente pericia data de junio de 1979 y el fallo es de agosto de 1981.

Esta prueba biológica, que inicialmente fue extrajurídica, generó una "nueva realidad" legal, mediante la sanción de la ley 23.264 y particularmente la reforma que ésta introdujo en el art. 253 del Cód. Civil, texto que subsume tres aspectos de la nueva orientación que son el

²² CNCiv., sala F, 24-8-92, JA, Boletín N° 5964 de fecha 19-1-94, p. 34; Revista de Derecho Privado y Comunitario N°1, p. 177; CNCiv., Sala M, 8-6-93, LL, 1994-A-77.

²³ CNCiv., sala F, 26-2-90, LL, 1990-C-440.

²⁴ CNCiv., sala D, agosto 31 de 1981, caso "M.L.E. c. B.L.", LL 1985-A-471, comentado por Osvaldo Calarota.

²⁵ CNCiv. sala D, LL, 1985-A-472; CNCiv. Sala A, marzo 3 de 1985, LL, 1985-C-503; sala A, noviembre 25 de 1986, causa 85.732 "L.M. c. E.C.", LL, 1987-C-66, con comentario de Biscaro Beatriz, "La determinación de la filiación mediante la prueba de compatibilidad inmunogenética practicada en los abuelos paternos", CNCiv., sala B, causa N° 18.771 del 16 marzo 1987.

priorizar el nexo biológico, el de la consecuente necesidad de agotar la búsqueda de la verdad respecto del mismo mediante toda clase de pruebas y el de otorgar dentro de ellas una relevancia especial a la pericia biológica, sugiriendo al órgano jurisdiccional que si las partes no la ofrecen y la convicción no resulta de las otras probanzas, tenga presente la atribución "recomendada" de decretarla de oficio. En esta línea, la Corte de Justicia de la Nación sostuvo en el año 1987, que *"la prueba denominada HLA reviste particular relevancia por la importancia de las investigaciones en que se apoya y por la índole de los análisis que requiere"*²⁶, por eso, aunque las conclusiones periciales no obligan a los jueces, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes.

Después del fallo precedentemente citado, nadie discute en Argentina que las pruebas biológicas son un elemento de notable valor en las acciones de filiación.

2.2.2. TERCERA ETAPA: LOS ESTUDIOS RELATIVOS A LA TIPIFICACIÓN DEL ADN:

Díaz de Guijarro anticipó la evolución que se iba a producir²⁷ expresando... *"Los últimos estudios parecen prometer que la técnica*

²⁶ CSJN, 1-8-1987, LL, 1987-E-405; conf, CNCiv. sala A, 7-3-1985, ED, 114-167; ídem. 25-11-86, ED, 123-107, ó LL, 1987-IV- 378; Cám. Apel. CC San Isidro sala I, 13-10-1988, ED, 132-476.

²⁷ Díaz de Guijarro, Enrique, Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y la técnica moderna ("La filiación"), JA, 1965-VI-125.

avanzará tanto que se llegará a afirmar cuándo hay filiación, en ese momento habrá caído por completo el clásico sistema de presunciones y será reemplazado por la valoración del elemento biológico". Según Arazí²⁸, la biológica no es una prueba tasada que tiene peso absoluto propio siempre que no interfiera prueba en contrario, pero se encuentra tan cerca de serlo, como los porcentajes de certeza que ofrecen las pruebas biológicas lo están de alcanzar un valor absoluto.

Ese momento llegó con los alcances científicos que efectuaron un valioso aporte extra-jurídico al derecho. El desarrollo en la genética humana permite que este esquema fundado en interferencias lógicas tenga su justo alcance, o sea, que no contradiga a la verdad biológica. En términos generales, en la actualidad la prueba del HLA permite afirmar la existencia de paternidad o maternidad con un elevado monto de certeza, y el cotejo de ADN con certeza del 99,99%, incluso se ha dicho que "*el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial*"²⁹. La doctrina y jurisprudencia argentinas mayoritarias, afirman enfáticamente que las pruebas biológicas constituyen un elemento de notable valor en las acciones de filiación³⁰. Se

²⁸ C.Ap. Civ. y Com. de San Isidro, sala I, 13-10-88, ED, 132-486.

²⁹ Verruno, Luis y otros, ob. cit., p. 16.

³⁰ Calarota, Eugenio, Determinación de la paternidad por el sistema HLA, LL, 1985-A-480; Velazco, José, Filiación. Prueba biológica, LL, 1989-A-115; Grosman Cecilia y Arianna, Carlos, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, LL, 1992-B-1193; Verruno, Luis, Haas, Emilio y Raimondi, Eduardo, Banco genético y el derecho a la identidad, Bs. As., Ed. Ab. Perrot, 1998, de los mismos autores, La filiación. El H.L.A, los jueces, los abogados y la ciencia, LL, 1990-A-794; Manual para la investigación de la filiación, Bs. As., Ed. Ab. Perrot, 1994; Grosman, Cecilia, Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación, JA, 1988-II-195.

ha sostenido con toda lógica, que un resultado de un 99,99% de probabilidad de paternidad constituye plena prueba³¹. Si las conclusiones de las pericias arrojan un índice de paternidad probada (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir sólo presunciones *hominis*.

Tanto el HLA como el ADN son aceptados por la comunidad jurídica como métodos confiables³² que integran la categoría de las llamadas pruebas estadísticas. Los índices de error que se imputaban al HLA son sensiblemente menores en el ADN, en tal sentido se lee en fallos recientes: "*Hoy nadie discute el valor científico de estas pruebas*"³³. En cuanto a la prueba de ADN, se la ha calificado como *probatio probatissima*³⁴, tal como a su tiempo se consideraba la de confesión, basándose en que los estudios científicos especializados demuestran que las pruebas biológicas (HLA y ADN) arrojan conclusiones de certeza prácticamente absoluta sobre el vínculo filiatorio cuestionado. Este criterio coincide con el de la jurisprudencia española a la que nos une una fuerte tradición común legislativa que sostuvo que "*en la actualidad, la prueba genética se ha convertido en un instrumento de singular importancia en la*

³¹ Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1, p. 347, ED, 130-331.

³² Conf. Alvarez, Gladis y Gregorio, Carlos, Prueba de exclusión o presunción de paternidad, LL, 1992-E-253.

³³ C. Apel CC, Morón, sala I, 2-6-1992, LL Buenos Aires, año 2, N° 2, marzo de 1995, p. 201.

³⁴ CNCiv., sala I, 14-4-1994, ED, 159-189; CNCiv., sala L, 14-4-94, LL, 1995-C-407, ED, 159-189.; SCJ Mendoza, sala I, 29-8-95, ED, 167-296.

investigación de la paternidad" (Tribunal Supremo de España 24-11-1992)³⁵.

2.2.3. INDICACIONES DEL SISTEMA HLA Y DE LA TIPIFICACIÓN DEL ADN EN EL FUERO CIVIL:

El sistema HLA es rápido, económico y eficiente en el caso de discriminar entre dos o más personas alegadas como padres biológicos de una criatura. Si embargo, ocurre que cuando el padre alegado posee antígenos HLA muy frecuentes en la población general, luego del tratamiento matemático de los datos del laboratorio, la probabilidad de paternidad resulta del 80-85%³⁶ lo cual es una cifra baja y hoy en día inaceptable.

El sistema HLA es insuficiente cuando el padre alegado es consanguíneo de la madre como son los ejemplos bastantes comunes de incesto en poblaciones marginadas. El estudio de ADN entonces, tiene una serie de indicaciones muy precisas que, si se respetan, permitirán aportar a esta técnica lo mejor de sí dejando al HLA la solución sencilla y eficiente de la mayoría de los litigios judiciales. Teniendo siempre en cuenta la relación costo beneficio de las técnicas a aplicar. Por lo que algunas de las indicaciones del estudio del ADN son la confirmación de los estudios de filiación con baja cifra de probabilidad de paternidad; paternidad o

³⁵ Rev. de Derecho Privado de Madrid, t. LXXVII; 1993, p. 610; Audiencia provincial de Barcelona 16-6-1992, Rev. General de Derecho Valencia, abril de 1993, N° 583, p. 3786.

³⁶ Verruno, Luis, Haas y otros, ob. cit., p. 94.

maternidad discutida entre consanguíneos, por ejemplo entre dos hermanos o padre o hermano incestuoso; necesidad de vincular generaciones discontinuas, por ejemplo abuelos-nietos. Especialmente cuando los padres no están disponibles por estar desaparecidos, fallecidos o inaccesibles, entre otras.

2.2.4. ¿BASTA ESTA PERICIAL O EL JUEZ DEBE, EN TODOS LOS CASOS, FUNDAR SU DECISORIO TAMBIÉN EN OTRA PRUEBA?:

La necesidad de prueba corroborante en los casos de investigación de la filiación, es sostenida por autores que dudan sobre la eficacia de estos métodos³⁷ y por quienes le otorgan alto valor³⁸.

Por nuestra parte consideramos que ella es prueba decisiva y suficiente, aunque no exista otra que la complemente, si tampoco hay elementos que la contradigan. Danilo Leonardi³⁹, investigador del FORES (Foros de Estudios Sobre la Administración de Justicia), afirma que el examen de ADN debe ser considerado como una plena prueba y no merece cuestionamiento alguno.

³⁷ Di Lella, Pedro, Falibilidad de las pericias inmunogenéticas, JA, 1992-III-567, del mismo autor, La filiación, el HLA y los abogados, LL, 1989-D-1060, quien sigue las conclusiones de un trabajo de Martínez Picabea de Giorgiutti, Elba, Algunas consideraciones sobre la asignación del parentesco, LL, 1989-A-980.

³⁸ Capparelli, J.C., Los diversos medios de prueba para establecer la filiación, LL, 1991-D-244, Kozicki, E., La filiación, El HLA, el DNA, La ciencia y el derecho, LL, 1990-D-1193.

³⁹ Leonardi, Danilo, ob. cit., LL, 1990-A-934.

La prueba de ADN es decisiva para resolver los casos en los cuales sólo se cuenta con material biológico humano para efectuar una identificación cuyos resultados no deben arrojar dudas, careciéndose de otros medios de prueba corroborativos, para ello es necesario cumplir con los siguientes puntos fundamentales:

- Seriedad en las pericias.
- Lista de requisitos básicos para la utilización del estudio del polimorfismo del ADN cuando se los utiliza con el objeto de una investigación de filiación biológica publicada por la *American Association of Blood Banks*⁴⁰:

¿Son *necesarias* este tipo de pruebas en el sentido de que su ausencia puede llegar a provocar la nulidad de la sentencia? La Corte de Casación francesa⁴¹ así lo ha entendido en aquellos supuestos en que la prueba ha sido ofrecida por la parte y negada por el tribunal en acciones cuyo rechazo depende, exclusivamente, de la prueba de que no existe el vínculo biológico que se pretende.

2.2.4.1. SERIEDAD EN LAS PERICIAS BIOLÓGICAS:

⁴⁰ Baird, M., Balatzs, Iván, "Allele frequency distribution of two highly polymorphic DNA sequences in three ethnic groups and its application to the determination of paternity", *American Journal Human Genetic*, 39: 489-501, 1986.

⁴¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano, ED, 153-929 citando fallo del 19-11-1991, en *Dalloz Sirey* 1993-Nº 3 del 21-1-1993, con nota de Massip, Jacques, Les expertises relatives à la preuve biologique de la paternité, leur régime juridique et leur rôle dans le droit de la filiation; para la jurisprudencia de la Corte de Casación, compulsar también Bernigaud, Sylvie, Filiation naturelle, en: *Cronique Droit de la famille*, sous la direction de Jacqueline Rubelin Devichi, *La Semaine Juridique*, 6-1-1993, Nº 3639, p.12.

Al haberse difundido ya el conocimiento sobre estas nuevas tecnologías, la preocupación del tema se focalizó en la "confiabilidad" del estudio del HLA y ADN. Es en este terreno donde actualmente se desarrollan las mayores batallas técnicas y es el lugar común y refugio de quienes han sido perjudicados por el resultado de la pericia.

El cuestionamiento del HLA se apoya en circunstancias fácticas como el error en la realización o en la deducción de los resultados, un margen inevitable de subjetividad en el científico interviniente, la proyección de las formas de fecundación asistida, la necesidad de aplicar un número elevado de sistemas de determinación genética inmunológica y bioquímica para fundar un porcentaje de más del 98% de probabilidad y la eventualidad de no contarse con la tabla adecuada para el caso a solucionar. El clímax del cuestionamiento del HLA se ha alcanzado al desarrollarse el ADN con el que se obtiene la certeza del 99,99%, aunque también puede resultar no confiable por la degradación de las muestras usadas por humedad o presencia de bacterias, y presenta alguna probabilidad dudosa, los gemelos univitelinos pueden tener la misma huella genética.

Se conocieron en nuestro medio algunos trabajos que han alertado acerca de la relatividad del valor probatorio de las pruebas biológicas, particularmente las atinentes a la de compatibilidad inmunogenética

(HLA),⁴² teniendo en cuenta el modo en que se llevan a cabo (se ha hecho hincapié en la necesaria especialización de los laboratorios que la practican, en la indispensable explicación al juez del procedimiento empleado, tablas utilizadas, marcadores de sistemas genéticos con que se ha contado, etc), y especialmente, destacando que la experiencia de otros países desarrollados muestra la conveniencia de que los estudios sean realizados por dos laboratorios distintos, sobre idénticas muestras, sin conocer cada uno los resultados que ha obtenido el otro. Las observaciones son válidas también para los estudios relativos a la tipificación del ADN, aunque por la estructura de su desarrollo, este último supera ampliamente cierto margen de incertidumbres que a veces han invalidado el estudio basado sólo en marcadores de compatibilidad inmunogenética. En este sentido, desde luego, debe propiciarse la especialización de los profesionales que llevan a cabo su trabajo, quienes deben efectuar una correcta cadena de custodia sobre las muestras biológicas.

Los investigadores y técnicos deben evitar:

- El deterioro de las muestras.
- La confusión de las muestras de diferentes personas.
- Colocar rotulaciones equivocadas.
- Hacer una equívoca siembra de muestras en gel de electroforesis.

⁴² Conf. Martínez Picabea de Giorgiutti, Algunas reflexiones sobre la asignación del parentesco, LL, 1989-A-980; Di Lella, La filiación. El HLA. los jueces y los abogados, LL, 1989-D-1060, y Falibilidad de las pericias inmunogenéticas, JA, 1992-II-563.

Además, para llegar a un resultado idóneo que cree convicción en los jueces y tribunales de justicia, es menester introducir en el informe pericial datos objetivos que de algún modo mensuren o califiquen el fenómeno observado. El informe pericial debe ser claro, preciso, concreto, didáctico y objetivo por sobre todas las cosas. Esta última cualidad se consigue sin duda, mejor con números que con palabras⁴³ con las que siempre se corre el riesgo de la subjetividad y de las diferentes interpretaciones que de ellas pueden desprenderse. Por esto las frases "paternidad poco probable", "paternidad muy probable" con que antiguamente se calificaban en los informes periciales los valores numéricos hallados, hoy son desaconsejados.

Los fallos registran algunas valoraciones negativas de la prueba genética en votos no siempre minoritarios. La más vehemente se debió al doctor Vernengo Prack, quien expresó su admiración por el sistema HLA pero lo descalificó cuando el erróneo manejo lo transforma en errático y falible, justificando la negativa a someterse al peritaje, ante un actor carente de pruebas, en pro del sentido común, fallo que luego fue revocado por la Suprema Corte⁴⁴ que sostuvo: *"La prueba del HLA reviste particular relevancia por la importancia de las investigaciones en que se apoya y por la naturaleza de los exámenes que exige"*.

⁴³ Verruno, Luis, Haas y otros, ob. cit., p. 31.

⁴⁴ CSJN, 1-9-87, LL, 1987-E-404, DJ, 1988-I-369; JA, 1988-II-194.

Si la justicia puede disponer de informes periciales de alta calidad, su eficiencia se incrementa notoriamente. No se debe olvidar que es en el marco del manejo de cuestiones de hecho y prueba donde se observan las mayores dificultades de los jueces y los abogados. Precisamente los reparos de muchos juristas para atribuirles valor decisivo se basan en la falta de confianza respecto de su suficiencia científica.

El derecho debe recoger el avance de la ciencia, que otorga certeza al fallo sobre el nexo filial cuestionado, por lo que debe asegurarse la eficiencia de los peritajes biológicos. Los exámenes deben ser efectuados por profesionales especializados en la materia y llevarse a cabo en laboratorios que cuenten con medios idóneos y gocen de las máximas garantías de seguridad.

Además, es necesario que los jueces y profesionales, para valorar eficazmente tales exámenes, dispongan de información actualizada y estén munidos de un conocimiento básico que les permita orientar y valorar los dictámenes periciales, teniendo en cuenta el estado presente de la ciencia. Sin embargo, es obligación de los expertos expresar claramente los resultados facilitando su comprensión, no debiendo transferir esta responsabilidad a jueces y letrados, quienes por la naturaleza de su oficio resisten a aquello que siendo impenetrable a su razonamiento de interpretación arroja resultados y en cuyo peso probatorio no interviene su propio principio lógico. Si bien el magistrado no se halla sujeto a las conclusiones de los peritos y puede evaluarlas

libremente, normalmente atenderá a tales dictámenes si los estima correctamente fundados.

2.2.4.2. LISTA DE REQUISITOS BÁSICOS PARA LA UTILIZACIÓN DEL ESTUDIO DEL POLIMORFISMO DEL ADN CUANDO SE LOS UTILIZA CON EL OBJETO DE UNA INVESTIGACIÓN DE FILIACIÓN BIOLÓGICA, PUBLICADA POR LA AMERICAN ASSOCIATION OF BLOOD BANKS⁴⁵.

Principales consideraciones:

- I. El *loci* DNA debe estar revalidado por estudios familiares que demuestren que ese *loci* cumple con las leyes de Mendel y muestra una baja frecuencia de mutaciones y recombinaciones.
- II. La localización cromosómica del *loci* utilizado para el estudio debe estar registrado en el *Yale Gene Library* o en el *International Human Gene Mapping Workshop*.
- III. El *loci* polimórfico debe estar documentado en la literatura. La documentación debe incluir las endonucleasas de restricción y los *probes* usados para detectar el polimorfismo, las condiciones de hibridización y el tamaño de los fragmentos variables y constantes.

⁴⁵ Baird, M., Balatzs, Iván, "Allele frequency distribution of two highly polymorphic DNA sequences in three ethnic groups and its application to the determination of paternity", American Journal Human Genetic, 39: 489-501, 1986.

- IV. El método utilizado debe asegurar la completa digestión del DNA por las endonucleasas utilizadas.
- V. Controles humanos de DNA de tamaño conocido deben ser usados en la corrida electroforética.
- VI. Las membranas o radioautografías deben ser leídas independientemente por dos o más individuos.
- VII. El informe debe contener como mínimo:
 - a) Nombre del *locus* testado y definido siguiendo la Nomenclatura del *Comité del Workshop Internacional de Genética Humana*.
 - b) *Probes* usados para detectar el polimorfismo.
 - c) Endonucleasas de restricción usadas para cortar el DNA.
 - d) Test confirmatorio por un laboratorio independiente para todos los *loci* DNA. Estos laboratorios deben seguir las reglas del *AABB Standart for Parentage Testing Laboratories*.

El doctor David Housman, profesor de biología en el célebre MIT (Instituto Tecnológico de Massachussets, EE.UU.) afirma que dudar de la validez del método de tipificación del ADN, es como dudar de la ley de gravedad. El método en sí es más exacto que cualquiera de los exámenes bioquímicos tradicionales. Esto se debe a que esta pericia se dirige

directamente al código de la vida, al ADN y no busca señalar ciertas diferencias como grupos sanguíneos, enzimas, antígenos etc, sino que es una especie de retrato a nivel molecular del individuo.

Cierto es que esta prueba no es absoluta, y que no da una certeza del 100%⁴⁶, sino del 99,99%. También es verdad que el acierto depende de que se cumplan las pautas expuestas *ut supra*. Pero no menos cierto es que en la Prueba de Compatibilidad Inmunogenética, el margen de error es mínimo y que en todo juzgamiento humano siempre hay un margen de falibilidad.

3. NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS:

Es posible que una de las partes se niegue al sometimiento de los análisis y estudios que los peritos tienen que efectuar para establecer la veracidad del vínculo biológico. Actualmente nadie discute en Argentina que las pruebas biológicas son un elemento de notable valor en las acciones de filiación, en cambio, sigue siendo materia de debate las consecuencias que tiene la negativa a someterse a dicha prueba.

En nuestro país, casi todos los autores y jueces, salvo alguna opinión aislada⁴⁷, han coincidido en que no cabe la compulsión física para forzar

⁴⁶ Martínez Picabea de Giorgiutti, Algunas reflexiones sobre la asignación del parentesco, LL, 1990-A-980.

⁴⁷ Mercedes, Amílcar A., La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano, LL, 23-120.

la realización de la prueba hematológica⁴⁸. Empero se ha puntualizado que de la negativa de una de las partes a someterse a la misma, era menester extraer las debidas consecuencias procesales, ello quedó plasmado en el art. 4 de la ley 23.511 (pub. BO 10-7-87), que analizaremos más adelante.

3.1. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD BIOLÓGICA EN EL CONSTITUCIONALISMO CIVIL:

La incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos a nuestra Carta Magna en virtud de la reforma del año 1994, constitucionaliza materias de derecho privado por reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías amparados (como por ejemplo, las reglas sobre reparación de daño ambiental, -art.41-, protección del consumidor -art.42-, y hábeas data -art.43-), y por vía del reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de derecho civil. Dentro de los derechos civiles que han alcanzado jerarquía constitucional se encuentran los derechos de la personalidad implícitos en el art. 19 y en el

⁴⁸ Belluscio, Augusto, Nociones de Derecho de Familia, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1969, t.VI, p. 61; Borda Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia, 5ª ed., Ed. Perrot, t. II, p. 98; Busso, Eduardo, Código Civil Anotado, art. 325, núm. 88, p. 728; Díaz de Guijarro, Enrique, Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos, JA, 1947-III-216; López del Carril, Julio J. La filiación, Edit. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 188; LLambías, Jorge J., Código Civil Anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, art. 325, núm. 10, p. 1013; Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, t.2, p. 476; Civil 1º, mayo 2-945, JA 1045-II-810; Sup. Tribunal de Entre Ríos, mayo 17-945, JA, 1945-IV-856.

Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, también se han constitucionalizado los derechos del niño y en especial el de conocer su identidad biológica contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, frente a este derecho del niño y el derecho a la intimidad y a la integridad física del padre, ¿Cuál de los dos derechos se debe priorizar?

La respuesta a este interrogante no es fácil porque estamos ante dos derechos constitucionalizados de igual rango jerárquico, con lo cual la interpretación ha de hacerse a partir del derecho infraconstitucional, en el sentido en que el legislador ordinario lo ha concretado.

3.1.1. LA UNIDAD DE LA FILIACIÓN:

En una primera etapa, definida por la redacción originaria de la Constitución Nacional de 1853, no se entendía que la diferenciación entre las filiaciones vulnerara la igualdad civil, es decir, no se entendió que se planteara un conflicto entre dos normas del mismo cuerpo legal, lo que implicaba, sin duda, que dicha igualdad tampoco integraba los derechos no enumerados del art. 33.

En la redacción originaria del Código de Vélez, se establecía un régimen de radicales diferenciaciones entre los hijos en razón de haber sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, distinguiéndose entre legítimos

e ilegítimos y comprendiendo en estos últimos a los naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Es oportuno recordar las manifestaciones del opuesto tratamiento legal de unos y otros, apenas suavizadas para los hijos naturales. Sólo recurrimos al art. 342 en la redacción de Vélez Sársfield: *"Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, no tienen, por las leyes, padre o madre ni parientes algunos de parte de madre o padre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad"*. En el artículo siguiente se admitía el reconocimiento por los padres y la facultad de pedirles alimentos hasta los dieciocho años de edad y siempre que estuvieren imposibilitados de proveer a sus necesidades.

Tan duras disposiciones eran inconciliables con la negativa a distinguir por razón de nacimiento. Pero es que nunca se interpretó el art. 16 de la Constitución Nacional con semejantes alcances. La compulsión de las obras clásicas y modernas de Derecho Constitucional lo comprueba, González Calderón⁴⁹ agrupa las prerrogativas de nacimiento con los títulos de nobleza los fueros personales, la admisión a los empleos, la igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, los extranjeros, los esclavos, los indios. Análogamente proceden Linares Quintana⁵⁰ y Bidart

⁴⁹ González Calderón, Juan, Derecho Constitucional Argentino, t.II, N° 440, in fine, Buenos Aires, 1931.

⁵⁰ Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la Ciencia de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, t. III, parág. 266, Buenos Aires, 1956.

Campos⁵¹. La íntima vinculación que el texto del art. 16 establece entre las "prerrogativas" de nacimiento y los títulos nobiliarios obstaculiza el menor intento de interpretación mutativa que fuera más lejos poniendo dentro de la letra de la Constitución (el "estuche" o "cáscara"), un mensaje normativo distinto en función de exigencias ideológicas nuevas⁵². Por ello, nunca se intentó, al menos en forma que haya llegado a conocimiento público, borrar las distinciones entre los hijos apoyándose en la norma constitucional.

El cambio sobrevino por la concientización del respeto debido a todo hombre, ello surge a raíz de que en las constituciones de postguerra se incorporan materias que se consideran propias del derecho civil y se reconoce jerarquía constitucional al derecho supranacional de los tratados sobre derechos humanos, lo que los países irían asumiendo y proclamando en el transcurso de los años, como una de las manifestaciones más significativas del acceso a la mejor realización de la justicia que el derecho debe procurar.

Las acciones de filiación tienen como objeto reclamar una filiación que no se tiene, o impugnar aquélla que se ostenta. La sentencia, pues, emplazará a una persona en un determinado estado materno o paterno-filial o la desplazará del que posee. El art. 75. inc 22 de la Constitución Nacional, asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados

⁵¹ Bidart Campos, Germán, Derecho Constitucional, t. II, su tratamiento de la igualdad civil, N° 18 a 33, Buenos Aires, 1966.

⁵² Sagüés, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, t. I, parág. 44, Buenos Aires, 1993.

internacionales, entre ellos, particularmente, la Convención de los Derechos del Niño, que incide en todo el título de la filiación, pero en forma especial en las acciones de reclamación e impugnación de estado. El derecho del niño a tener un nombre y conocer a sus padres (art. 7º, Convención de los Derechos del Niño), integra su derecho a la identidad (art. 8º de la referida Convención) que significa poseer todos los atributos que componen la singularidad de la persona, dentro de la cual, el nexo filial ocupa un lugar trascendente.

3.1.2. ANTINOMIA ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES DE FUENTE INTERNACIONAL Y NORMAS CONSTITUCIONALES ORIGINARIAS EN MATERIA DE FILIACIÓN:

Designaremos como normas de fuente internacional a las dispuestas en Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos enunciados en el párrafo 2º, inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, y por disposiciones constitucionales originarias a las de la redacción vigente, anterior a la reforma de 1994.

Dentro de la Constitución Nacional originaria, mencionamos a la libertad (art. 19), el derecho a defenderse en juicio y a no autoincriminarse (art.18), la protección integral de la familia (art. 14 bis) y los derechos no enumerados a la vida, la integridad física, el honor (art 33). Los derechos constitucionales de fuente internacional, considerando principalmente al

Pacto de San José de Costa Rica y a la Convención sobre los Derechos del Niño, son el derecho a la identidad, entendido según prescribe el art 7, párr. 1 de la convención especial, como el derecho a conocer a sus propios padres y el art. 8 (inclusión del nombre y de las relaciones familiares dentro de la identidad); el derecho a que se respete la integridad física, síquica y moral (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.1); el derecho al respeto de la honra y al reconocimiento de la dignidad (ídem, art. 11.1), el derecho a ser oído y el derecho a la protección de la familia (ídem, art. 17) (y también Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16.3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1). En la Convención de los Derechos del Niño figuran además, el interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a él (art. 3-1), el derecho a ser cuidado por sus padres (art. 7-1) y a no ser separado de ellos (art.9-1), y en su caso, a mantener relaciones personales y en contacto directo con ambos padres (art. 9-3), el derecho a exponer su opinión libremente en los asuntos que los afecten cuando esté en condiciones de formarse en un juicio propio y a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, por sí mismo o por un representante u órgano apropiado (art. 12), el derecho a la privacidad y a la honra (art. 16), a la integridad física y mental (art. 19)⁵³.

⁵³ También el derecho a expresarse e informarse (13.1), la libertad de pensamiento, de

El ámbito de coincidencia o superposición es sumamente amplio⁵⁴, sobre todo considerando la comprensión del art. 33 de la Constitución Nacional y la insistencia en el reconocimiento de los mismos derechos en tratados y convenciones cronológicamente sucesivos.

Encontrándose los tratados y convenios mencionados en el inc. 22 del art. 75 incorporados a la Constitución Nacional, es imaginable el conflicto entre un derecho reconocido en ellos y un derecho reconocido en la redacción constitucional originaria, es decir, entre un derecho constitucional de fuente internacional y un derecho constitucional originario.

Las pautas de interpretación del mentado inciso establecen que los documentos internacionales incluidos en la Constitución, formen o no parte de la misma⁵⁵, valen como ella, y la primera oración de la disposición recién aludida conduce a sostener que, ante la antinomia entre una norma internacional y un precepto de la primera parte de la Constitución Nacional, ésta es la que priva; por el contrario, en el conflicto entre una norma internacional y una de la segunda parte de la Constitución Nacional, es aquélla la que goza de preeminencia. La

conciencia y de religión (14.1); de reunión y de asociación (15.1); a la integridad física y mental (art. 19); a los beneficios de la seguridad social (art. 26); a un nivel de vida adecuado para su desarrollo integral (art. 27); a la educación (art. 28).

⁵⁴ Méndez Costa, María Josefa, La filiación después de la reforma constitucional, LL, 1995-E-1034.

⁵⁵ Sagüés, Néstor Pedro, a favor de que formen parte de la Constitución, Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina, LL, 1994-E-1036; en contra Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. VI, La reforma constitucional de 1994, p. 555 y sigtes., Buenos Aires, 1995.

importancia de la primera observación formulada es esencialísima porque encierra la inconstitucionalidad de la norma de fuente internacional implicada. Entre la exclusión del derecho de fuente internacional por el derecho constitucional originario, que parece desprenderse de la redacción misma de texto de 1994, es preferible patrocinar una exégesis armonizante entre uno y otro material, por lo que el operador constitucional deberá en lo posible amalgamar ambos órdenes de derechos. Sagüés propicia al respecto, como buena fórmula de ajuste, la doctrina de la *opción preferencial por la fuente*, tanto internacional como interna, que mejor favorezca a cada derecho. Aun así, concluye, no puede desconocerse que el exegeta puede enfrentarse con contradicciones normativas y con incoherencias ideológicas acerca de la extensión y contenido de un derecho enunciado en la Constitución Nacional y parecido derecho descrito en un instrumento internacional: hipótesis que se agiganta apenas se advierta que los techos ideológicos de la Constitución de 1853-60 son, en muchos casos y por razones de tiempo, diferentes a los propios de los nuevos documentos internacionales.

La doctrina imperante de la interpretación sistemática de la Constitución impone una exégesis coordinada, anticonflictiva, equilibrada, coherente consigo misma, útil, si bien no llega a descartar la existencia de contradicciones normativas e ideológicas que es preciso encarar y resolver. Sagüés sostiene que, con cualquier método exegético que maneje el intérprete-operador de la Constitución, "éste se verá, con

mucha frecuencia, ante dos o más soluciones teniendo que elegir una de ellas”.

En lugar de la cláusula que, en imitación a una especie de reserva preservativa de la primera parte la Constitución criticamos, debemos interpretar la sincronización recíproca de ella con los instrumentos internacionales, y viceversa, a tenor de dos pautas limitativas:

- 1) Una es la que sostiene que en un sistema de derechos humanos – para nuestro caso con dos fuentes nutricias: la interna y la internacional-, cada caso concreto se debe resolver aplicando la norma que proviene de la fuente más favorable a la persona humana y a sus derechos.

Esta pauta surge nítidamente de numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos a los que la reforma ha jerarquizado constitucionalmente. Baste citar como ejemplos el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica; el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el art. 41 de la Convención sobre Derechos de Niño. Estas normas de interpretación obligan a no aniquilar normas internas por efecto de normas internacionales, ni éstas por efecto de aquéllas; y, lo que es más importante todavía, obligan a preferir la que rinde resultado más beneficioso.

- 2) Otra es la que –contenida en la Constitución española de 1978 y en la colombiana de 1991- obliga a interpretar los derechos reconocidos en la Constitución, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado es parte (es decir, los que están incorporados en su derecho interno).

La combinación de una pauta con la otra conduce al principio de retroalimentación entre las dos fuentes, y converge a reafirmar que en ese arsenal de doble origen hay que buscar siempre la norma más favorable a cada caso en el que hay derechos humanos en juego.

3.1.2.1. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA, A DEFENDERSE, A NO AUTOINCRIMINARSE Y A LA INTIMIDAD:

En los juicios de filiación se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas. Sin lugar a dudas, en estos supuestos, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos. Las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente a fines constitucionales y la interpretación de las leyes que rigen esta materia deben realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos, para lo cual aparece

como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida.

La Corte Suprema de Santa Fe en el año 1992⁵⁶, debió resolver el conflicto entre el derecho a la identidad de la actora que reclamaba su filiación extramatrimonial y los derechos a la no-autoincriminación, a defenderse y a la intimidad que invocaban los herederos del demandado que, en vida, se opuso a prestarse a la prueba biológica habiéndosele aplicado el indicio en su contra que autoriza el art. 4 de la ley 23.511. La sentencia de la Corte compartió el criterio del tribunal de primera instancia. Los importantes votos de los ministros coincidieron en admitir el derecho a la identidad como de raigambre constitucional, entonces no enumerado, y lo encuadraron con otros derechos enumerados o no, sin desplazamientos entre ellos sino conjugándolos simultáneamente. En todos sus contenidos se justificó extraer consecuencias contrarias al renuente en virtud de su negativa. La afirmación de la cualidad nunca absoluta de los derechos es especialmente subrayada por el Dr. Ulla. El deber de cooperar con la obtención de la verdad surge de la ley, por lo cual mal puede ser invocada para excepcionarse la parte final del art. 19 de la Constitución Nacional, que establece el principio de legalidad por el cual nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe. La ley manda determinada actitud de colaboración y buena fe. Por lo tanto, parece razonable que ante el

⁵⁶ Corte Suprema de Santa Fe, 19 de septiembre de 1991, LL, 1992-D, 536.

incumplimiento, ante la renuencia en colaborar mediante el sometimiento a los estudios genéticos, se puedan extraer consecuencias jurídicas disvaliosas de la negativa. El principio constitucional del debido proceso no implica transformar la actuación ante los tribunales en un ámbito donde no interesa la verdad jurídica de los litigios y en donde resultan indiferentes las actitudes procesales de las partes. Y si se esgrime el derecho a la integridad física, no hay proporción entre el sacrificio que acarrea la extracción de una gota de sangre y el despojo que se impone a quien no puede precisar su identidad. Un examen de sangre no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona y particularmente en lo que atañe a los estudios de HLA y de tipificación de ADN, las muestras no requieren indispensablemente consistir en sangre, sino que puede servir a los mismos fines cualquier otro tipo de materia orgánica (por ejemplo, saliva), lo cual releva de toda entidad a las objeciones de conciencia que pudieren oponer quienes, como los Testigos de Jehová, no admiten manipulaciones con sangre humana. El reclamo omnicomprendivo de eticidad que fácilmente se escucha en nuestra sociedad, alcanza al ámbito del proceso y se traduce en atribuir consecuencias favorables o desfavorables al comportamiento procesal, que el juez debe hacer efectivas.

3.2. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CONSECUENCIAS QUE SE
EXTRAEN DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA A SOMETERSE A
ESTOS EXÁMENES:

En nuestro ordenamiento jurídico, no se impone la vía forzada, pero como el examen de sangre es inocuo para la salud⁵⁷, debe desconfiarse de una negativa injustificada. La resistencia constituye un abuso de derecho que sólo beneficia a los litigantes de mala fe, es necesario pues, se aprecie esta conducta en la decisión sobre la paternidad controvertida.

Se ha cuestionado la norma en cuanto pasa por alto la intimidad personal, como derecho personalísimo, sin embargo, si se admitieran semejantes alegaciones se "cerraría" la posibilidad de conocer con la mayor certeza de las posibles, las relaciones que están en juego, lo que también es un resultado destacadamente contrario a la actuación invalorable de la justicia. Los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física no pueden convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con posibles vínculos familiares. No puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen biológico por parte de un profesional de la medicina en circunstancias adecuadas.

En contra de la tesis mayoritaria, Bidart Campos ha dicho que *"inferir consecuencias de la negativa del demandado a soportar una prueba tan*

⁵⁷ Díaz de Guijarro, Enrique, "Valoración probatoria de la negativa a someterse a la "investigación de los grupos sanguíneos", J.A., 1947-III, p.216.

*intima como es prestar su propio cuerpo a una prueba biológica, es tanto como volver en contra del justiciable la análoga negativa a declarar contra sí mismo*⁵⁸. Afirma que la ley, (en cuanto establece que la negativa a prestarse a las pruebas biológicas constituye un indicio en contra de la posición sustentada por el reuente), vulnera el principio constitucional que veda la autoinculpación consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional: *"Nadie está obligado a declarar contra sí mismo"*, principio operante, según el autor, no sólo en el proceso penal sino en cualquier otro. *"Si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración, no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se presente a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo"*⁵⁹.

Considera que por muy elevado que sea el rango del derecho del hijo de conocer su filiación, debe prevalecer el derecho personalísimo de no ser obligado a prestar declaración contra sí mismo. Planteándose la jerarquía de los valores en conflicto, responde Bidart Campos: *"Es cierto que en un conflicto entre derechos hay que optar por el de mayor valiosidad, cuando de lo que se trata es de hacer jugar una "limitación" al derecho menos*

⁵⁸ Bidart Campos, Germán, Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno, ED, 135-445; del mismo autor, Medios probatorios que requieren prestar el propio cuerpo, ED, 150-524; La negativa a someterse a pruebas biológicas y las normas jurídicas, ED, 157-881; en esta línea, compilar, O'Neill, Edmundo, La prueba genética. El fin y los medios, La Ley Buenos Aires, 1995, N° 2, p. 196.

⁵⁹ Bidart Campos, Germán, comentario al fallo de la CNCiv., sala F, 24-8-92, Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio, ED, 150-524.

*valioso. Lo que no es constitucional, nos parece, es que en vez de limitarlo, directamente se lo ignore, se lo frustre, o se lo viole. Y el derecho a negarse a declarar contra sí mismo, y a no facilitar el propio cuerpo para la prueba pericial, ya no mantiene su naturaleza inviolable cuando la negatoria surte alguna o varias de las consecuencias antes insistidas. En tal supuesto, el desconocimiento de los derechos paternos ya no muestra el perfil razonable de una limitación sino el de su completa obstrucción lesiva*⁶⁰.

Las precedentes argumentaciones son anteriores a la reforma constitucional pero no a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la que la Corte Santafesina hace referencia. No parece razonable deducir un cambio hermenéutico de la incorporación de los Tratados y Convenciones a la Constitución Nacional⁶¹. La única diferencia reside en que el derecho a la identidad ya no puede incluirse entre los no enumerados pues está enunciado a través del documento internacional.

Forzosamente discrepamos con esta opinión. El derecho de una persona a conocer sus orígenes biológicos, irrenunciables⁶² revisten mayor

⁶⁰ Bidart Campos, Germán, La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación, ED, t. 157-255. Nos hemos permitido entresacar párrafos del texto con la confianza de no traicionar así el pensamiento de su distinguido autor.

⁶¹ En particular, las opiniones de Bidart Campos no han variado después de la reforma; ver su estudio, "Los nuevos derechos" en Criterio 2147-724 y sigtes.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. VI, La reforma constitucional de 1994, p. 555, Buenos Aires, 1995.

⁶² Rivera, Julio César y Córdoba, Carlos Diego, Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes, ED, 158-462.

valiosidad que el derecho a la intimidad que tantos ejemplos de renuncia expresa o tácita pueden mencionarse. Por otra parte, el art 19 originario de la Constitución, impone respeto a las acciones privadas que *"de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero"*: la identidad es de orden público y la negativa a someterse al peritaje pone en riesgo el derecho del accionante con posible importantísimo daño.

La ley actualmente vigente no establece que la negativa implica admisión de la paternidad atribuida a quien se resiste. El demandado no está obligado a prestar su propio cuerpo, en el sentido de que, de no concurrir al peritaje, pudiera ser coaccionado mediante el uso de la fuerza dispuesto por el juez, sí tiene la "carga" de hacerlo porque si no lo hace su negativa constituirá una de las pautas para juzgar circunstancialmente la situación del hecho⁶³.

El XI Encuentro de Abogados Civillistas (Paraná, 1995), Comisión IV, resolvió por unanimidad lo siguiente:

- En las acciones de estado el derecho a la identidad prevalece sobre los derechos a la libertad, a la intimidad y a la integridad física del presunto padre.
- No es procedente la producción compulsiva de las pruebas biológicas.

⁶³ CNCiv., sala C, 22-10-93, ED, 157-270, Voto del Dr. Cifuentes.

Fueron muy interesantes las ponencias presentadas en este encuentro, incluso con alguna tendencia a aceptar la coacción física⁶⁴.

Un dictamen de la Comisión Europea de Derechos Humanos del 13-12-79, sostiene que el análisis de sangre para determinar el índice de alcoholemia en los delitos vinculados al tránsito automotor, no constituye una injerencia contra la integridad física de las personas⁶⁵. La jurisprudencia española, viene señalando asimismo que el deber de someterse al control de alcoholemia –cuya similitud procedimental nos es útil para hacer extensivo lo que se diga al respecto, a la realización de pruebas de sangre para estudios genéticos- no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a una declaración contra sí mismo⁶⁶.

Cabe puntualizar que en dicho tipo de pruebas, no se está forzando una declaración con un contenido incriminatorio, sino procurando que el individuo se convierta en objeto de una prueba pericial de alto grado de

⁶⁴ Tomo de Ponencias publicado por el Colegio de Abogados de Entre Ríos, Sección Paraná, Comisión N° 4.

⁶⁵ Citado por José Antonio Martín Pallín, Fiscal del Tribunal Supremo de España, en su trabajo "Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal", publicado en la Revista del Poder Judicial de aquel país, número especial titulado "Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas", ps. 119 a 136.

⁶⁶ Pronunciamiento citado por autor y obra de mención en párrafo precedente, p.130.

exactitud científica. Pretender que ello se asemeje a una declaración, por la circunstancia de que se extraerían del propio cuerpo los elementos conducentes a la determinación de la verdad, no es una argumentación que tenga solidez jurídica, sino el uso de una bella metáfora.

3.2.1. NEGATIVA JUSTIFICADA:

En algunos casos la negativa puede estar justificada, pero las razones que se esgriman, deben ser razonables y estar debidamente probadas, demostradas con argumentos serios y explicados en su momento sin dilaciones permanentes, tales como razones de salud⁶⁷ u otras causas relevantes, así por ejemplo se ha resuelto que no cabe extraer consecuencias de la negativa si el demandado es un anciano de ochenta y tres años, que padece de arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un bronco enfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte⁶⁸, no lo es, en cambio, afirmar que la actora no ha acreditado con ningún elemento probatorio que el demandado es el padre⁶⁹. Se ha estimado irrelevante “tener un trauma físico y mental, pues realizando una punción a una paciente que padecía sida sufrió una herida cortante con la aguja

⁶⁷ Méndez, Costa, María J., Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil de progenitor extramatrimonial no reconociente, LL, 1989-E-563, Rivero Hernández, Francisco, Su comentario en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Nº 18, 1988, p. 789.

⁶⁸ Tribunal Supremo de España, 14-5-1981, sentencia comentada por José Luis de los Mozos y José María de la Cuesta, Rev. de Derecho Privado de Madrid, Dic. 1991, p.1057.

⁶⁹ CNCiv., sala F, 12-11-1989.

de dicha paciente"⁷⁰; "tener un hermano gemelo, que también puede ser el padre, si no se acreditó que eran gemelos monocigóticos en cuyo caso la probabilidad de hallar diferencias genéticas es muy baja, si tampoco concurrieron a la prueba para probar ese extremo"⁷¹; en la jurisprudencia española se ha decidido que la negativa no es justificada "si se funda en la existencia de una psicosis paranoide que data de tiempo atrás"⁷². Los jueces franceses han considerado insuficiente invocar "meras razones éticas, si el demandado es un médico que conoce las consecuencias de este tipo de estudios"⁷³.

4. VARIACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS EFECTOS PROCESALES QUE ACARREA LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS.

4.1. PRIMERA ETAPA: PRESUNCIÓN EN CONTRA DE QUIEN NIEGA A SOMETERSE AL EXAMEN HEMATOLÓGICO - DECISIONES JUDICIALES REGISTRADAS HASTA LA DÉCADA DEL 70':

⁷⁰ Cam. 1ª CC San Isidro, sala I, 28-4-1994, ED, 159-182.

⁷¹ CApel. CC Morón, sala I, 2-6-1992, LL Buenos Aires, año 2, N° 2, marzo de 1995, p. 201.

⁷² Audiencia Provincial de Cádiz, 2-11-1993, Rev. General de Derecho, Valencia, septiembre de 1994, N° 600, p. 10.431.

⁷³ CA Poitiers, Ch. Civ. 23-6-1993, Recueil Dalloz- Sirey N° 14, 6-4-1995, p. 119.

La opinión mayoritaria valoraba la resistencia a la ejecución del examen de sangre como presunción en contra de quien se negaba⁷⁴, la que tenía distinta gravitación según de quien la resistencia provenía por cuanto existía una relación recíproca entre la consecuencia de la negativa y la fuerza probatoria que se otorgaba al resultado de la pericia sanguínea. Si se resistía el que rechazaba la existencia del vínculo, el juez sólo podía extraer de esta conducta la suposición de que existía compatibilidad sanguínea, insuficiente por sí sola para sostener la existencia del nexo biológico. La presunción desfavorable, en este caso, únicamente operaba dentro del conjunto de antecedentes del proceso y tenía carácter complementario para la convicción judicial⁷⁵. Por sí misma, la negativa carecía de entidad para definir la paternidad reclamada, pero servía para reforzar los elementos que la apoyaban, ya que las máximas de experiencia indicaban que si la persona imputada como padre no lo fuera realmente, en modo alguno eludiría la realización de una prueba destinada precisamente a poner de manifiesto tal imposibilidad filial⁷⁶.

⁷⁴ Belluscio, Augusto C., ob.cit., t.VI, p. 61; Borda Guillermo A., ob. cit., núm 733, p. 92; Busso, Eduardo, ob. cit., t. II, núm. 88, p. 728, art. 325; Díaz de Guijarro, Enrique, Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos, JA, 1947-III-216; López del Carril, Julio J. ob. cit., p. 188; LLambías, Jorge J., ob. cit., art. 325, núm. 10, p. 1013; Zannoni, Eduardo, ob. cit., t.2, p. 476.

⁷⁵ CNCiv., sala C, junio 26-974, ED, 58-263; CCiv. 2ª La Plata, sala 2, octubre 11-968, LL, 135-1194 (21.499-S); CCiv. 2ª Apel. La Plata, sala I, diciembre 21-945, LL, 42-276; Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. Córdoba, diciembre 28-945, JC, IV-561.

⁷⁶ CNCiv., sala F, febrero 12-975, ED, 67-379; LL, 1975-B-683; CNCiv., sala D, septiembre 6-973, ED, 53-182; LL, 153-87; CNCiv., sala C, marzo 2-977, ED, 31/10/79, fallo 32.325. La presunción del renuente que niega el vínculo en algunos casos sólo ha sido considerada como una presunción leve (CNCiv., sala F, febrero 12-975, ED, 67-379, LL, 1975-B-683; ST Sta. Fe., julio 2-948, R.S.F. 19-230); en otros fallos ha tenido mayor peso (fallo 1º instancia, CCiv. 1ª, octubre 29-941, LL, 25-315) y en algunos

En cambio, cuando la negativa provenía de la parte que afirmaba el vínculo, por ejemplo, el actor en la acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial o la madre en el caso de una demanda de impugnación de paternidad del marido, la fuerza de la presunción desfavorable en contra del renuente adquiría mayor peso. En esta hipótesis, la pretensión era trabar una prueba que podría ser definitiva para la exclusión de paternidad⁷⁷, sosteniendo Moisset de Espanés en una postura más drástica, que el juez podía extraer de aquella conducta la presunción de incompatibilidad sanguínea que comporta en sí misma la inexistencia del vínculo de filiación⁷⁸.

4.2. SEGUNDA ETAPA: RENUENCIA PATERNA A LA PRUEBA DEL

HLA:

Doctrina y jurisprudencia otorgaron relevancia probatoria a la negativa injustificada, interpretando que esta presunción debe armonizarse con el conjunto de la prueba y que la misma está relacionada con la certeza de lo que se rehúsa. En esto coinciden tanto civilistas como procesalistas,

pronunciamientos la negativa ni siquiera ha sido valorada como presunción desfavorable al renuente. Así, en una sentencia se arguye que de la negativa no puede deducirse presunción alguna en contra del renuente porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (fallo de 1ª instancia revocado luego por la CCiv. 1ª, diciembre 28-938, LL, 13-370) y si no existe sanción directa para quien se niega a someterse al examen pericial no se lo puede sancionar indirectamente derivando de su resistencia un resultado contrario a las pretensiones que sustenta (Del voto del Dr. Acuña Anzorena, CCiv. 2ª La Plata, sala 1, diciembre 21-945, LL, 42-276).

⁷⁷ CNCiv., sala E, ED, 41-61; CNCiv., sala D, LL, 88-213; CCiv. y Com. de La Plata, JA, 1976-IV-766. núm. 85.

⁷⁸ Moisset de Espanés, L., Negativa de someterse a la prueba de grupos sanguíneos, JA, 24-270.

afirmando entre los primeros Díaz de Guijarro, Belluscio, Bossert, Borda, Busso, López del Carril, Llambías y Zannoni y, entre los procesalistas, Alsina, Colombo y Fassi⁷⁹. El respeto individual no puede distorsionarse otorgando a su destinatario un señorío sobre la prueba o la posibilidad impune de la deslealtad procesal, pues ello vulnerará todos los derechos emergentes del nexo biológico. El equilibrio de valores en juego se logra con la presunción adversa a quien resiste la prueba pericial, en esta línea se ha dicho que si con anterioridad a conocerse este método, la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos constituía una presunción contraria a quien se negaba pues revelaba su temor frente a su posible resultado, con mayor razón esa solución debe aplicarse cuando esa conducta se esgrime frente a la prueba de histocompatibilidad sanguínea, donde la probabilidad cierta de determinar la paternidad es de un porcentaje elevadísimo⁸⁰. La negativa injustificada, que se presenta reiteradamente en los juicios sobre filiación, retacea al juez una prueba fundamental, y si la solución no pasa por la compulsión, las razones que se argumentan para su impedimento, no pueden convertirse en el escudo que desvanezca la responsabilidad procreacional. La necesidad de

⁷⁹ Díaz de Guijarro, Enrique, ob. cit., JA, t. 1947-III, p. 216; Belluscio, Augusto, Manual de derecho de familia, t.II, p. 257; Bossert, Gustavo-Zannoni, Eduardo, Régimen legal de la filiación y la patria potestad, p. 105, núm. 14; Borda, Guillermo, Derecho de familia, t. II, núm. 733, p. 92; Busso, Eduardo, Código Civil Anotado, t. II, p. 728; López de Carril, Julio, La filiación, Bs. As., 1987; Llambías, Jorge, Código Civil Anotado, art. 325, N° 10, p. 1013; Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, t. III, p. 490 y sigs; Colombo, Carlos, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado, t. III, p. 676; Fassi, Santiago, Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, N° 1294.

⁸⁰ CN de Ap. en lo Civil, Sala F, J.M.C. c/ S.H.A. s/ filiación.

armonizar valores presenta la opción entre los derechos de un inocente como el ser procreado y los de alguien cuya conducta hace presumir deslealtad siendo justa la solución de prioritar al primero⁸¹.

4.2.1. PRUEBA GENÉTICA Y PRUEBA DE LAS RELACIONES SEXUALES, EXCEPTIO PLURIUM CONCUMBENTIUM Y TESTIMONIAL ANTES Y DESPUÉS DE LA SEGUNDA ETAPA:

Con anterioridad al reconocimiento del trascendente aporte de la prueba biológica basada en los estudios del complejo mayor de histocompatibilidad –HLA-, en que no era posible afirmar con certeza la paternidad reclamada en razón del amplio margen de error en el examen de los grupos eritrocitarios, la jurisprudencia fue conteste en que la prueba del nexo biológico, ante la imposibilidad de la prueba directa de la paternidad, exigía acreditar ineludiblemente las relaciones íntimas de los presuntos padres, es decir, relaciones sexuales entre ellos, durante el período legal de la concepción, el parto de la madre y la identidad del reclamante de la filiación con el nacido de dicho parto⁸².

Aún así, tanto quien impugnaba su paternidad como quien reclamaba la filiación podían beneficiarse, o perjudicarse, respectivamente, de la

⁸¹ Díaz de Guijarro, Enrique, El derecho de familia en Venezuela, publicaciones de la Embajada de Venezuela, p. 106, Buenos Aires, Argentina, 1979.

⁸² CNCiv., Sala E, 23/5/61; id., sala A, 24/8/71, ED, 42-644; id., sala F, 29/12/75, LL, 1976-C-151; SCBA, 20/4/65, ED, 11-637; id. sala D, 19/9/67, ED, 22-187; id., 31/8/81, JA, 1982-II-425 y LL, 1985-A-472.

exceptio plurium concumbentium alegada, o sea de la existencia de pluralidad de concúbitos de la madre durante el período legal de la concepción del hijo. Si bien tratándose de la impugnación de paternidad del marido la *exceptio* no descartaba que él fuese, no obstante, el padre del hijo dado a luz por su esposa⁸³, en la acción de reclamación de filiación extramatrimonial constituía un hecho impeditivo que los tribunales siempre tuvieron en cuenta para no atribuirle al demandado si la pluralidad de relaciones sexuales con diversos hombres era probada⁸⁴. El estado del conocimiento de la ciencia hasta entonces, permitió con relación a este tipo de reclamos, que mediante la llamada "*exceptio plurium concumbentium*" se obtuviera el rechazo de la demanda por filiación y consecuentemente el triunfo de quien articulara este recurso que como sabemos, no es otra cosa que la negativa de la paternidad reclamada, basada en la incertidumbre que con relación a la paternidad generaban las relaciones múltiples de la madre a la época de la concepción o plazo legal de la misma.

Es evidente que ante un estado de la ciencia que no permitía mediante pruebas o análisis clínicos determinar de una manera fehaciente la paternidad alegada, la existencia de relaciones plurales probadas de la madre al momento de la concepción otorgaba el carácter de incierta a

⁸³ En el sistema cerrado de causales de impugnación, el art 252 (derogado por ley 23.264) exigía, como presupuesto de la acción, la prueba del adulterio y de la ocultación del parto. Conf. Bossert – Zanoni, Hijos legítimos, comentario al art. 232, p. 128 y siguientes.

⁸⁴ CCiv. 1º Cap, 8/6/49, JA, 1949-III-365, CNCiv., sala C, 17/4/58, JA, 1958-IV-33; id., Sala D, 17/11/60, JA, 1961-I-349, id., sala A, 24/8/66, JA, 1967-II-117.

dicha paternidad y ello se constituyó en el fundamento de los fallos que rechazaban las demandas cuyas contestaciones se apoyaban en esta excepción y sobre cuya procedencia también la doctrina se mostraba conforme⁸⁵.

Con el advenimiento de la prueba del HLA, el criterio jurisprudencial varió reconociendo así que el método de tipificación "antígeno-anticuerpo" en tejidos, es idóneo para determinar con alto grado de probabilidad la paternidad de quien es demandado como presunto progenitor⁸⁶. Los modernos métodos científicos que complementan el cotejo de factores eritrocitarios con el estudio de antígenos de histocompatibilidad (sistema HLA), marcadores electroforéticos etc., permitieron arribar a la certeza casi absoluta de la paternidad atribuida, sin necesidad de presumirla sólo en razón del hecho probado de las relaciones sexuales⁸⁷. Esta prueba - exigible tradicionalmente a punto tal que se la ha reputado uno de los extremos indispensables que sustentan la acción- fue insustituible en la medida que a través de esas relaciones sexuales podía atribuirse al demandado, presunto padre, el hecho de haber engendrado al hijo con la mujer que lo concibió y dio a luz⁸⁸.

⁸⁵ Calarota, Eugenio Osvaldo, Determinación de la paternidad por el sistema H.L.A o complejo mayor de histocompatibilidad, LL, 1985-A- 473.

⁸⁶ CNCiv, sala D, 31/8/81, LL, 1985-A-472 y JA, 1982-II-425.

⁸⁷ CNCiv., sala A, 7/3/85, LL, 1985-C-502.

⁸⁸ Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A., Régimen legal de la filiación y patria potestad, Ley 23.264, p. 104, 3ª reimpresión, Ed.Astrea, Bs. As., 1992.

El aporte de las nuevas pruebas y exámenes biológicos relativos a la determinación de la paternidad hicieron perder relevancia a la prueba precisa de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en el período legal de la concepción. La sala F de la Cámara Nacional Civil acordó que puede prescindirse de ella⁸⁹, con análogo fundamento también sería prescindible la prueba testimonial⁹⁰. En esta línea se dijo que aun habiéndose probado acabadamente las relaciones sexuales contemporáneas de la madre con otros hombres, en la actualidad la posibilidad de individualizar entre ellos al verdadero padre mediante pruebas biológicas quita relevancia a la *exceptio plurium concumbentium*⁹¹. La circunstancia de que el actual estado de los conocimientos científicos permite, como hemos analizado, determinar prácticamente con certeza absoluta la paternidad alegada ya sea excluyendo o incluyendo al accionante en el estado de familia que reclama, convierte a dicha excepción en inoficiosa, cuya improcedencia deberá ser declarada y en consecuencia rechazarse de plano. Ni siquiera la más acabada prueba de las relaciones plurales de la madre a la época de la concepción tendrá implicancia alguna, pues siempre podrá probarse quien es el padre. En efecto quien opusiere ante la alegación de paternidad reclamada judicialmente las relaciones múltiples de la madre

⁸⁹ CNCiv., sala F, 12-11-89, LL, 1991-D-6; JA, 1991-I-844.

⁹⁰ Polak en disidencia; CNCiv., sala L, 14-4-94, LL, 1995-C-407; ED- 159-189.

⁹¹ Cám. de familia de 1º Nominación, 1ª Circunscripción Judicial, Córdoba, Foro de Córdoba, año IV, N° 19, 1994, p.149.

del reclamante a la época de la concepción, estará planteando una cuestión que podrá tener una connotación de naturaleza ética pero nada tendrá que hacer en el terreno del derecho. Si existieran esas relaciones podrán tener sanciones morales o religiosas, pero en modo alguno podrán tener incidencia en cuanto a la determinación de la paternidad. Si ésta puede ser probada, las relaciones múltiples resultan ajenas a la cuestión. Por ello, mediante el HLA, la *exceptio plurium concumbentium* debe ser rechazada de plano⁹² como defensa opuesta por quien es demandado por filiación.

5. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA:

Como hemos observado, el avance de la ciencia permitió la realización de diversas pruebas biológicas destinadas a demostrar o no la existencia del vínculo filial, facilitando la determinación y esclarecimiento de los conflictos planteados con respecto a la filiación. Ello quedó plasmado en la ley 23.264 (ADLA, XLV-D, 3581) y posteriormente en la ley de Creación del Banco Nacional de Datos Genéticos Nº 23.511, de auténtico carácter autóctono, ya que es única en el mundo y también único el motivo de su creación.

La ley 23.264 modificatoria del Código Civil en esta materia, marca un hito trascendente en la evolución de la legislación en materia filial porque su normativa incorpora el principio de igualdad en las filiaciones y el respeto

⁹² Calarota, Eugenio Osvaldo, ob. cit., LL, 1985-A-472.

por la verdad biológica. Uno de los rasgos sobresalientes lo constituye el propósito de propender, lo más que sea posible, a la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos emergentes de esa realidad. Buena prueba de ello lo dan diversas normas modificadas o sustituidas. Así, la admisión de prueba en contrario de la presunción acerca de la época legal de la concepción del hijo (art.77), la posibilidad de probar en contra de la presunción de paternidad, en caso de conflictos de presunciones (art. 244), el sistema abierto de impugnación de la paternidad del marido, en contraposición al cerrado que establecía originalmente el Código Civil (art.258), incluso, la determinación de la maternidad por el hecho probado, del parto (art.242), etcétera.

En concordancia con esta inspiración general, el art. 253 del Código Civil dispone la amplitud probatoria en todas las acciones de estado relativas a la filiación.

Esta norma se halla incluida en el Capítulo VII rubrado "Las acciones de filiación – Disposiciones generales". Es decir, se admiten todas las pruebas biológicas, sin limitación alguna y, además, por su ubicación metodológica es aplicable a la filiación matrimonial y extramatrimonial.

El art. 253 del CC dispone que: *"En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte"*, se trata de una regla que ha querido poner de manifiesto la trascendencia que se asigna a las pruebas

biológicas⁹³. Dicho texto legal admite que estas pruebas se decreten de oficio, pero la decisión judicial sobre el punto es facultativa.

Para este tipo de pruebas resulta indispensable la colaboración de ambas partes. La oposición de cualquiera de ellas imposibilita que sean rendidas planteándose la cuestión de valorar esa actitud de renuencia a los exámenes necesarios. La ley 23.264 nada dispuso en este sentido porque el Senado, Cámara de Origen, rechazó la redacción de Diputados que agregaba al art. 253 el siguiente párrafo: "*La negativa a someterse a pruebas biológicas será una presunción que admite prueba en contrario*".

Este silencio legal fue suplido con la doctrina y jurisprudencia anteriores que, como en otras pruebas que admiten la misma ambivalencia, sostuvo que si la parte que podría beneficiarse con la prueba renuncia a ella rehusándose a prestar colaboración necesaria para llevarla a cabo, su actitud negativa prácticamente carece de importancia, mientras que la inacción de quien podría resultar perjudicado por los resultados del peritaje pesa como presunción en su contra⁹⁴.

Asimismo, se pretendió doctrinariamente que se derivara de la negativa una presunción absoluta. Fue así la propuesta de *lege ferenda* elevada, en el año 1962 al III Congreso Nacional de Derecho Civil, por Moisset de

⁹³ Méndez Costa, María Josefa, Impugnación de la maternidad en caso de suposición de parto, LL, suplemento diario del 3/6/86; Azpiri, Jorge Osvaldo, "La reforma de la ley 23.264 en materia de filiación". Rev. LL, 1985-E-845.

⁹⁴ Moisset de Espanés, Luis, Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, JA, t. 24-1974-270, nota al fallo de la CNCiv., sala C, de junio 28 de 1974; Grosman, Cecilia P., Acción de impugnación de la paternidad del marido, Buenos Aires, 1982, parág. 57; Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo A., Hijos Legítimos, Buenos Aires, 1981, com. al art. 245 del Cód. Civil entonces vigente.

Espanés en uno de cuyos fundamentos escribió: *"La ley puede imponer la obligatoriedad del análisis, pero esa imposición de la ley no puede llegar hasta extraer la sangre en forma coactiva, sino que ante la negativa de una de las partes a someterse al análisis del grupo sanguíneo, puede y debe extraerse conclusiones de esa negativa"*⁹⁵. Encontramos aquí una situación similar a la que contemplan los Códigos de Procedimientos cuando una de las partes se niega a absolver posiciones. En ese caso la ley crea una presunción en su contra, dándola por confesa. Pero como nuestra ley no establece la obligatoriedad del análisis del grupo sanguíneo, la negativa no puede crear una presunción legal y absoluta, sino sólo una presunción judicial, que deberá ser correlacionada con los otros elementos de juicio existentes".

El mencionado autor y Pedro León Feit propiciaron en su dictamen previo, que junto a la obligatoriedad del análisis de los grupos sanguíneos en los juicios en que se discuta la filiación debían preverse los efectos que acarrearía la negativa a someterse a los mentados estudios. Este dictamen, que contó con la adhesión expresa de Díaz de Guíjarro y Bettini, quedó plasmado en el despacho de Comisión que se discutió en el recinto del Congreso y, luego de un extenso y brillante debate, concluyó con esta recomendación: "Admitir como medio de prueba en los juicios en que se discuta la filiación, el análisis de los grupos sanguíneos, con la determinación de los efectos que acarreará su negativa".

⁹⁵ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1962, t. I, ps. 245/246.

El avance científico de los métodos que permiten establecer la existencia o ausencia del vínculo biológico obligaron a una enérgica valoración de la negativa de una de las partes a someterse a tales exámenes que para Cecilia Grosman, y Martínez Alcorta, en un trabajo publicado en año 1986, debían resolverse en una presunción absoluta en contra de quien se resiste a su producción⁹⁶.

5.1. LEY DE CREACIÓN DEL BANCO NACIONAL DE DATOS GENÉTICOS Nº 23.511, ART. 4 -INDICIOS Y PRESUNCIONES-:

Luego del análisis de la renuencia paterna a las pruebas biológicas en las dos primeras etapas, observamos claramente que con anterioridad a la ley 23.511, doctrina⁹⁷ y jurisprudencia mayoritarias asignaban la calidad de presunción a la negativa a someterse a examen pericial, cuya gravitación ha variado en el tiempo.

La ley 23.511, dispone en su art. 4, párr. 1º que *"Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas*

⁹⁶ Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264, LL, 1986-D-924.

⁹⁷ Conf. Belluscio, Augusto C., Nociones de derecho de familia, t.VI, p.61, Ed. Omeba, Bs.As, 1972; Belluscio, Manual de derecho de familia, Nº. 483, p. 245, 5ª ed. actualizada, Ed. Depalma 1987, Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil argentino. Familia, num. 733, p. 32; Zannoni, E. Derecho de familia, t. II, p. 476, Ed. Astrea, Bs. As. 1978; Bossert-Zannoni, Manual de derecho de familia, parág. 14, p. 105; Lloveras, Nora, Patria potestad y filiación, p. 90, Bs. As, 1986; Alvarez, O., Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial, ED 124-710; Díaz de Guijarro, nota en JA, t. 1947-III, p. 216; Moisset de Espanés, JA, 1974-22-270.

en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.

Se cumple, por lo tanto, a muchos años y en el contexto de una realidad social, jurídica y científico-técnica muy distinta, con la aspiración del III Congreso Nacional de Derecho Civil y se completa el art. 253 como, en su momento, había propuesto la Cámara de Diputados.

5.1.1. ORDEN DE PRELACIÓN EN LAS PRUEBAS DE FILIACIÓN:

Méndez Costa interpreta que del texto mencionado (art. 4, Ley 23.511), se deduce un cierto orden de prelación en las pruebas de filiación, pues dispone que se practicará la investigación genética cuando la pretensión “*apareciese verosímil o razonable*”. Es decir, según la distinguida autora, no podría exigirse la prueba biológica si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible⁹⁸.

Por nuestra parte, consideramos que, para admitir las pruebas biológicas, no corresponde imponer acreditaciones de menor peso a las mismas o que incluso puedan no existir, tales como el supuesto de las relaciones efímeras y circunstanciales. Si bien la expresión del texto legal no es feliz, creemos que no ha sido la intención del legislador establecer limitaciones

⁹⁸ Méndez Costa, María J., Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente, LL, 1989-E-563.

e introducir un requisito extraño a la materia probatoria⁹⁹. De otro modo, esta comprensión no se compadecería con lo dispuesto en el art. 253 que establece una amplitud probatoria sin ningún orden de prioridades, generosidad de prueba que nunca sufrió restricciones en la legislación argentina. Tampoco parece compatible con el principio esencial de la igualdad en las filiaciones que reclama facilitar la investigación de la paternidad extramatrimonial¹⁰⁰.

Como bien señala un precedente jurisprudencial¹⁰¹, las restantes pruebas a producir pueden valorarse a partir de tal indicio. Por eso es de buena práctica en este tipo de procesos disponer, a petición de la parte e incluso de oficio, la realización ante todo de las pruebas biológicas, y no a la inversa, que consiste en suponer que tales pruebas habrán de ordenarse si otras pruebas, tendientes a demostrar la existencia de relaciones íntimas u otros hechos reveladores de una paternidad posible, hacen verosímil la filiación reclamada en el juicio¹⁰², lo que conllevaría a un innecesario dispendio jurisdiccional.

5.1.2. OBSERVACIONES EN CUANTO A SUS ALCANCES:

⁹⁹ Kielmanovich, Jorge L., La negativa a someterse a pericias genéticas, LL 1988-E- 810.

¹⁰⁰ Grosman, Cecilia P. – Arianna, Carlos, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, LL, 1992-B-1193.

¹⁰¹ CNCiv., sala E, 2-2-87, LL, 1988-D-310, con nota de Gregorini Clusellas, Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación; CS. S. Fe, 19-9-91, LL, 1992-D-536, con nota de Méndez Costa, Encuadre constitucional del derecho a la identidad.

¹⁰² Di Lella, Falibilidad de las pericias inmunogenéticas, JA, 1992-III-567.

Se ha sugerido que el art. 4 de la ley 23.511, sería norma local para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y, por ende, de dudosa aplicación por los tribunales de provincia¹⁰³. El tema es sumamente opinable. Sin embargo, el Banco Nacional de Datos Genéticos presta servicio no sólo a requerimiento de jueces nacionales o federales, sino también de las provincias. Pero aún cuando no se entendiera así, la elaboración jurisprudencial anterior a la vigencia de la ley 23.511, permite arribar a idéntico resultado en cuanto a la presunción en contra que carga quien no se somete a las pruebas hematológicas dispuestas por el juez de la causa¹⁰⁴.

5.1.3. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR INDICIO CONTRARIO A LA POSICIÓN SUSTENTADA POR EL RENUENTE?:

Esta referencia al "indicio" ha sido y es materia de controversias en punto a su constitucionalidad y a sus alcances. El término "indicio" contenido en el art. 4 de la ley 23.511, no permite definir cuál es la real gravitación de dicha conducta en el proceso.

Puede considerarse consolidada la tesis que sostiene que la negativa a someterse a los estudios biológicos, cuando se trata del demandado que niega la paternidad que se le atribuye en la acción de reclamación de

¹⁰³ Spota, Tratado de Derecho Civil, t. II, vol. IV, p. 57, nota 63 bis, Di Lella, Falibilidad de las pericias inmunogenéticas, JA, 1992-III-562.

¹⁰⁴ Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 193.

filiación extramatrimonial, revela el propósito de impedir que quede demostrada esa paternidad negada. Ése es el *indicio*.

Carnelutti¹⁰⁵ afirma que no estamos ante una presunción legal, sino judicial, aun cuando surge de la ley el indicio que debe valorar el juez. Las presunciones legales imponen determinada decisión al juzgador, sin admitir prueba en contrario ("*iuris et de iure*") o invierten la carga de la prueba ("*iuris tantum*"), en cambio las presunciones judiciales dejan un amplio margen de discrecionalidad al juez, quien partiendo de un hecho conocido (indicio) determina la existencia o no del hecho desconocido. Las presunciones judiciales no son medios de prueba sino formas de razonamiento judicial.

Indicio es la circunstancia o antecedente que autoriza a fundar una opinión sobre la existencia del hecho, en tanto que presunción es el efecto que esa circunstancia o antecedente produce en el ánimo del juez sobre la existencia del hecho, mediando por ello, una relación de causa a efecto. La presunción surge del indicio, no es, en el aspecto examinado otra cosa que el juicio formado por el juez, valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos¹⁰⁶.

Pero el indicio que señala la ley, no es cualquier indicio, sino uno grave.

Los indicios que entre todos conformen un conjunto, que deben ser

¹⁰⁵ Carnelutti, Francesco, La prueba civil, p. 89, 2ª ed., trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo-Santiago Sentis Melendo, Utepha, Buenos Aires, 1944.

¹⁰⁶ Palacio, Derecho Procesal Civil, t. V, p. 451, N° 665; Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, t. II, p.697.

ponderados y relacionados unos con otros y todos entre sí, según enseña la Casación Provincial¹⁰⁷, no tienen todos el mismo valor. De acuerdo con las reglas de la sana crítica y en función del adelanto científico alcanzado, la negativa a someterse al estudio pericial en un juicio de filiación en la que no sólo está comprometido el interés personal de los individuos involucrados sino la sociedad toda, tiene un peso específico muy elevado en comparación con los demás indicios que puedan analizarse.

La norma 23.511, no habla de una presunción contraria al renuente a someterse al examen, sino de un indicio. El término, más propio del lenguaje de la investigación criminal que del proceso civil, no tiene la entidad adecuada, pues un indicio acaso pudiera constituir uno de los elementos que, siendo precisos y concordantes, podrían llegar a configurar una presunción. Así lo sugiere el art. 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que alude a las presunciones no establecidas por ley requiriendo que éstas se funden en hechos reales y probados.

De todos modos, la norma legal, ha sido juiciosamente utilizada y el concepto que ella expresa (se lo considere presunción o mero indicio), es suficiente para resolver el caso.

Las primeras interpretaciones asimilan el término "indicio" a "presunción". Bossert y Zannoni estiman que la ley 23.511 recoge como pauta que la negativa a someterse a las pruebas "hará presumir el acierto de la

¹⁰⁷ 20-11-79, Ac. 27.694, DJBA, t. 117, p. 481.

posición contraria a la que sostiene en juicio quien se niega a las pruebas, pues ninguna razón, en principio, puede justificar esta actitud, cuando se está discutiendo el estado de una persona". Admiten que en casos excepcionales, será aceptable la negativa, por razones de salud debidamente justificadas, por ejemplo.

Como camarista, Bossert ha interpretado que el texto en cuestión introduce una presunción. También para Borda, el art. 4 de la ley 23.511 establece una presunción cuya fuerza se ha acrecentado con el avance científico¹⁰⁸.

Tanto en un caso como en otro -presunción e indicio grave-, la negativa acarrea consecuencias procesales en contra del renuente. Las consecuencias que se extraen de la negativa a someterse a esas pruebas -insistimos- no son inconstitucionales. No se compulsa a nadie, sino que se interpreta, conforme a la lógica más elemental, la razón de ser de la conducta asumida por la parte.

6. NEGATIVA AL SOMETIMIENTO DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LA TERCERA ETAPA:

Puede considerarse que hoy es doctrina judicial virtualmente uniforme que la negativa a someterse a las pruebas biológicas crea una presunción

¹⁰⁸ Bossert, Gustavo - Zannoni, Eduardo A., Manual de derecho de familia, parág. 475, Buenos Aires, 1988. La sentencia: CNCiv., sala F, mayo 11 de 1988 en Rev. LL, 1988-C-441, Borda, Guillermo A, Tratado de derecho civil, familia, t. II, núm. 745, V, 8ª ed., Buenos Aires, 1989.

en contra de la posición asumida en juicio por la parte que se niega¹⁰⁹. El art. 4 de la ley 23.511, al disponer que tal negativa constituye un indicio en contra del renuente, permite arribar a dicha presunción ya establecida anteriormente por vía de interpretación¹¹⁰. Como se lee en un fallo, la aplicación del art. 4º de la ley 23.511, no hace sino recoger un axioma que la realidad muestra, pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar.

La relevante fuerza convictiva que hoy tienen las pruebas biológicas, tornan razonable atribuir el carácter de indicio grave a la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica en el juicio de filiación, además, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Ello se adecua al principio de las cargas probatorias dinámicas (prueba quien está en mejores condiciones de probar) y otorga valor a la conducta o comportamiento procesal de las partes. No debe olvidarse que el principio del debido proceso no implica transformar a la actuación ante los tribunales en un ámbito en donde no interese la verdad jurídica ni la

¹⁰⁹ Chieri, Primarosa, Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 191.

¹¹⁰ Entre muchos otros fallos, CNCiv, sala C, ED, 157-270; id. sala E, 29-8-91, JA, 1992-IV-434; id., sala F, 11-5-88, LL, 1988-C-442; id., 24-8-92, JA, 1994-I-122; id., sala I, 31-5-95, JA, 1995-IV-340, con nota de Medina, Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas; C1º Civ. Com. S. Isidro, sala I, 28-4-94, ED, 159-182, con nota de Mazzinghi, Renuencia paterna a la prueba hematológica; CCiv.Com. Morón, Sala I, 2-6-92, CCiv. Com Azul, 26-2-92, JA, 1992-III-563.

conducta de los litigantes. Las partes tienen el deber de colaborar lealmente con el juzgador, por lo tanto, nada hay de inconstitucionalidad en sostener que cada litigante no debe limitarse a una escueta negativa de lo afirmado, sino que es también su carga la de allegar las pruebas que desbaraten los asertos de la contraria, pues del incumplimiento de dicho deber, se deducen consecuencias adversas. En otros términos, la negativa asume el carácter de ilegítima¹¹¹.

Si se admite como válida la negativa, aun cuando sea injustificada, a someterse a la prueba biológica en el juicio de filiación, se hacen recaer sobre el hijo las consecuencias negativas, siendo que la conducta es imputable al padre. El régimen probatorio violentaría así el derecho de defensa. Es evidente que en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la probanza biológica ofrece –a lo sumo- un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por otras vías y, en las hipótesis en donde tal pretensión es incompleta –por orfandad de medios-, aquella práctica resulta ser esencial.

Como consecuencia de estas nuevas posibilidades que abren los exámenes, la tendencia actual es considerar que la negativa del presunto padre a colaborar en su realización, constituye una presunción relevante de que efectivamente es el padre biológico¹¹². La prueba de ADN ha

¹¹¹ C. Ap. San Isidro, Sala I, 13-9-88, LL, 1989-E- 563.

¹¹² Belluscio, Augusto C., Manual de derecho de familia, t. II, p. 244, Ed. Depalma, 1987; Bossert, G. y Zannoni, E. ob. cit., los mismos autores en la obra posterior, "Manual de

adquirido notable trascendencia procesal en este tipo de planteamientos, motivando que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideren aquella negativa, por cualquiera de las partes, como la consumación de una presunción en contra que tiene por cierta la paternidad disputada¹¹³.

6.1. ¿PODRÍA CONSTITUIR LA NEGATIVA DEL DEMANDADO BASE SUFICIENTE PARA FUNDAR LA SENTENCIA QUE DECLARE LA FILIACIÓN?

La cuestión no resulta demasiado complicada cuando los jueces, además de la negativa, cuentan con otros medios de prueba (por Ej. Testimoniales, instrumental, etc) que acreditan indirectamente las relaciones sexuales a la época de la concepción. Las dificultades interpretativas se presentan en cambio, cuando el único elemento del juicio es la negativa del demandado. La situación puede presentarse cuando no ha existido convivencia estable sino sólo encuentros circunstanciales. Sabido es que los litigios de esta índole se caracterizan por su contenido emotivo y por las dificultades propias de la acreditación

derecho de familia", p. 424, Ed. Astrea, 1991, interpretan que la negativa constituye una presunción del acierto de la parte contraria a quien se negó la realización de la prueba sin causa justificada. Méndez Costa, María J., Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente, LL, 1989-E-563. En la jurisprudencia podemos citar entre otros, los siguientes fallos: C. Apel. CC San Isidro, sala I, octubre 13-988, LL 1989-E-563; CNCiv., sala F, mayo 11-988, ED 109-231; CNCiv. sala E, octubre 2-987, LL 1988-D-310. En este último caso el Asesor de Menores de Cámara, Alejandro Molina, sostuvo en su dictamen que debe otorgarse a la negativa el valor de plena prueba respecto de la paternidad atribuida, pues con dicha negativa el demandado busca beneficiarse con la duda al impedir la realización de una prueba que permite establecer la veracidad de la paternidad con un alto grado de probabilidad.

¹¹³ CNCiv., sala L, 14-4-94; ED, 159-185.

de la filiación invocada, pues aparte de supuestos extremos (v. gr. una violación), la obtención de la prueba aludida presupone casi siempre afrontar la preexistencia de relaciones con ocultamiento social, en estos casos, las únicas pruebas que posibilitan demostrar la paternidad, son las biológicas.

La situación planteada no es de laboratorio sino que, por el contrario, se produce con bastante frecuencia tratándose de hijos nacidos fuera del matrimonio.

Una doctrina propicia que en estos casos se produzca una inversión de la carga probatoria y, consecuentemente, se acoja la filiación reclamada¹¹⁴. Calarota, asigna a la negativa a someterse a la pericia, "previa advertencia y explicación sobre la seguridad del método" el valor de un reconocimiento de la paternidad imputada, aunque tal alcance, compartido por Grossman y Martínez Alcorta, no cabe a la palabra indicio. Esta posición se funda en que el conflicto debe ser solucionado de algún modo; si el juez rechaza la demanda por falta de prueba, el emplazamiento filial, que representa un derecho para el niño, perdería efectividad por voluntad y arbitrio del presunto padre. Además, el rechazo de la pretensión importaría que la igualdad de las filiaciones se habría transformado en una mera declaración formal desprovista de contenido. Frente a una actividad obstruccionista, no queda otra alternativa que invertir la carga probatoria para no llegar a una efectiva denegación de

¹¹⁴ Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación extramatrimonial, LL, 1992-B-1193.

justicia. Desde el punto de vista lógico, no hay diferencias en fundar una sentencia de filiación en la declaración de testigos que aseveran que los presuntos padres tuvieron relaciones a la época de la concepción o en la renuencia del litigante a someterse a una prueba; en ninguno de los dos casos hay prueba directa. El efecto de la negativa que se propone no tiene un carácter sancionatorio, sólo es un modo de componer el conflicto. La otra corriente se pronuncia en el sentido de que la negativa carece de entidad para definir la paternidad reclamada. Se funda en que erigir a alguien, a través de una sentencia, en padre de otro, es un tema suficientemente delicado como para que los jueces lo decidan con un grado aceptable de certeza. Y sería difícil que dicha certeza pueda alcanzarse sólo gracias a que el demandado no consienta en someterse a un examen biológico¹¹⁵. Por lo que la mera negativa es insuficiente para dictar sentencia¹¹⁶, importa un indicio más o menos grave que requiere de otras pruebas para consolidar su eficacia¹¹⁷, aún cuando se considera que necesita de muy escaso complemento para formar plena convicción pues tiene un peso muy elevado con los demás indicios que puedan analizarse¹¹⁸.

¹¹⁵ Mazzinghi, Jorge Adolfo, Renuencia paterna a la prueba hematológica, ED, 159-181.

¹¹⁶ Méndez Costa, ob. cit., LL, 1989-E-563; Capparelli, Los diversos medios de prueba para establecer la filiación, LL, 1991-D-244; CNCiv. sala E, 26-2-90, LL, 1990-C-441, Cám. Apel. Civ. y Com. Morón, sala I, 2-6-92, JA, 1992-III-569.

¹¹⁷ Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala I, 30-8-88, ED, 137-747, CNCiv. sala E, 2-10-87, ED, 130-131, Cám. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 30-9-93, JA, 1994-IV- síntesis.

¹¹⁸ Cám. Apel. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 13-10-88, ED, 132-476; id. sala I, 28-4-94, ED, 159-181.

Adherimos a la primer postura por cuanto consideramos que si existen posibilidades de que el presunto padre haya participado en la generación de una vida, lógico es que se someta a las pruebas encaminadas a acreditarla, y si no lo hubiera sido, no menos lógico será que contribuya a eliminar su participación en dicha cuestión, sin ampararse en una actitud negativa, de obstrucción, sin justificación alguna que no sea presumiblemente, el propio interés egoísta.

Es necesario analizar el comportamiento del padre alegado en el proceso, con la finalidad de ponderar si su actitud es una negativa aislada, caprichosa e injustificada o si por el contrario ha asumido un rol activo en la producción de la prueba para destruir la paternidad alegada. En el proceso tendiente a acreditar una filiación, justifica lo que Morello¹¹⁹ denomina una visión solidarista de la carga probatoria, ya que lo que está en juego no es sólo el emplazamiento en la paternidad sino también el emplazamiento filial por lo que hay un interés superior que debe protegerse. No puede en consecuencia el presunto padre limitarse a negar tal condición ya que su comportamiento impide establecer con certeza si existe o no el vínculo de filiación reclamado¹²⁰. Actualmente la paternidad no sólo se acredita como resultado de un sistema de presunciones, sino que las técnicas científicas permiten la comprobación directa del nexa biológico alcanzando la demostración prácticamente

¹¹⁹ Morello, Augusto M., Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba, ED, 132-953.

¹²⁰ Voto del Asesor de menores, CNCiv., sala M, junio 8-993: N., I. A., c. M., O., LL, 1994-A-77.

absoluta de la paternidad, por ello estimamos que la negativa del demandado a efectuarse el ADN, constituye presunción suficiente para acreditar paternidad. La negativa a someterse a las pericias biológicas siempre fue considerada una presunción en contra de quien se comportaba de esa forma, cuando pudiera resultar perjudicado con las conclusiones de la prueba¹²¹. Hoy más que nunca la negativa a efectuar un peritaje como lo es el de la compatibilidad inmunogenética (PCI), no sólo ratifica y vigoriza esa presunción, sino que debe constituir plena prueba del hecho alegado, esto es que ante la negativa deberá tenerse por cierta la paternidad imputada¹²² en razón del alto grado de seguridad de inclusión de paternidad que con ella se logra. Afirmar que la negativa por sí sola es insuficiente, genera efectos adversos no queridos por la legislación vigente, ya que permitiríamos al padre renuente decidir el destino de la cuestión en debate, con una simple negativa. Se presenta como un recurso cómodo y fácil que pone a su arbitrio la identidad de un niño.

Como bien afirma Luis Verruno¹²³, es de esperar que cuando exista un genuino interés por la verdad, más que por eludir dolosamente las

¹²¹ CSJN, 27-12-96, ED, 25-4-97, fallo 47.851; CS, Santa Fe, 19-9-1991, LL, 1992-D-536; SC Mendoza, sala I, 29-8-1995, LL, 1996, B-546; CNCiv. sala F, 11-5-88, LL, 1988-C-62, ídem, sala F, 7-3-89, LL, 1989-E-112; ídem, CNCiv., sala L, 14-4-94, LL, 1995-C-407; ídem, LL, 1998-D-741; C1ª CC San Isidro, sala I, 28-4-94, ED, 22-9-94, Fallo 45.904; ídem, sala H, 4-10-1996, LL, 1998-D-70. Ver también T. Constitucional de España, sala I, 17-1-1994, "E.D.A.M. c. E.M.V. s/ recurso de amparo", ED, 157-258, TS España, 3-12-1991, LL, 20-3-92, fallo 12.242.

¹²² Conf. Calarota, Eugenio Osvaldo, LL, 1985-A-472.

¹²³ Verruno, Luis y otros, ob. cit., p. 13, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994.

responsabilidades naturales, la investigación biológica de la filiación será una comprobación rutinaria que no necesariamente pasará por los estrados judiciales.

7. **CONCLUSIÓN:** Obligatoriedad de los exámenes biológicos – efectos de reconocimiento de filiación alegada ante la negativa a colaborar al peritaje de la PCI - manifestaciones jurisprudenciales de “*lege ferenda*”:

Frente a la trascendencia de los valores en juego en este tipo de juicios y al resultado de los peritajes de histocompatibilidad (HLA) e inmunogenética (ADN) que constituyen plena prueba del hecho que se cuestiona, consideramos que en una legislación futura debe establecerse en forma expresa la obligatoriedad del sometimiento de las partes a estos estudios necesarios para determinar la verdad biológica en que pueden estar comprometidas, siempre y cuando los mismos no fuesen dañosos para la salud. Parece desmedido considerar que ello configuraría “un ataque a la dignidad de la persona humana”, si se observa la variedad de circunstancias y situaciones donde la extracción de sangre es obligatoria, v. gr. los exámenes prematrimoniales, ingresos laborales, vacunaciones, estudios para actividades deportivas, etc. La citación de los litigantes a los fines de su realización deberá hacerse bajo apercibimiento de que ante una negativa injustificada, se considerará cierta la paternidad invocada, salvo prueba en contrario. Si bien de ordinario el magistrado ordenará su

producción cuando alguna de las partes no la solicitare, el alto grado de certeza que se desprende en la actualidad de los exámenes biológicos, ya no sólo para descartar la filiación, sino también para arribar a su determinación positiva¹²⁴, aconseja su realización obligatoria¹²⁵, criterio éste ya sostenido hace varios años por Moisset de Espanés¹²⁶. Esta restricción a la libertad de determinación se hallaría legitimada por una expresa previsión legislativa y una sentencia fundamentada del juez interviniente.

Los tribunales han expresado su conformidad con que la prueba biológica sea obligatoria en una futura reforma legal. También con que la negativa a colaborar en el peritaje produzca los efectos de un reconocimiento de la filiación alegada. En este sentido se ha dicho que *"El análisis de compatibilidad inmunogenética debería ser obligatorio como lo son numerosos exámenes de sangre (prenupcial y otros)"* y *"la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica debe tener el valor de plena prueba"*¹²⁷. Ante los valores en juego en esta especie de conflictos, *"de lege ferenda cabe propugnar la posibilidad de obligar a las partes a*

¹²⁴ CNCiv. sala A, marzo 7-985. Rev. LL, 1985-C-502; Verruno, Luis y otros, "Manual para la investigación de la filiación", Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1994.

¹²⁵ Alvarez, O., Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial, ED, 124-710.

¹²⁶ Ponencia presentada al Tercer Congreso de Derecho Civil de 1961. Pub. Univ. de Córdoba. t.I., p.245.

¹²⁷ Dictamen del Asesor de Menores de Cámara, CNCiv., sala M, junio 8-993: N., I. a. c. M., O., LL, 1994, A-77.

*someterse a los estudios necesarios para determinar la verdad biológica que los puede afectar*¹²⁸.

Nunca un reconocimiento "ficto", como el que se obtiene por la inconducta del demandado importan ética y psicológicamente lo mismo para el niño que busca su identidad¹²⁹, como el que se lograría mediante la constatación de las pruebas biológicas. Cecilia Grosman¹³⁰ sostiene que una futura legislación debería contener, en forma expresa, la obligatoriedad a someterse a los estudios inmunogenéticos por las partes intervinientes. María J. Méndez Costa¹³¹, juzga en forma favorable dicha idea.

Establecer el obligado sometimiento a tales indagaciones constituye una solución que no es extraña a nuestro ordenamiento legal ya que numerosas normas, por vía directa o indirecta, imponen a los individuos la realización de actos que afectan su autodeterminación y libertad personal. Así por ejemplo, quien no se somete a los exámenes prenupciales, no puede contraer matrimonio. Numerosas leyes imponen obligaciones sanitarias o educativas a los padres aun en contra de su voluntad: ley 4202, art. 1º, vacuna antivariólica, 1903 (Adla., 1889-1919,1136); ley 12.670, art. 1º, vacuna antidiftérica, año 1941, (Adla., I, 10); ley 15.010,

¹²⁸ Fallo de 1ª Instancia Civil y Comercial, San Isidro, Juzgado Nº 9, marzo 29-1988: E., N. c. G., F. C. N., ED, t. 128-333.

¹²⁹ Verruno, Luis y otros, ob. cit. p. 40.

¹³⁰ Grosman, Cecilia, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, LL, 1992-B-1193.

¹³¹ Méndez Costa, María Josefa, ob. cit., LL, 1989-E, 563.

art. 1º, vacuna antipoliomelítica, año 1959 (Adla., XIX-A, 162); ley 1.420, arts. 1º a 3º, (Adla., 1881-1888, 126), leyes de trabajo (ley 20.744, mod. ley 21.297, 1976, arts. 32 a 35 (Adla., XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1073).

Es inmenso el número de casos en que el Estado constriñe a la persona y la obliga a realizar actos que afectan su libertad y autodeterminación. En los procesos judiciales tanto de carácter penal como civil, muchas veces el Estado usa la fuerza que limita las libertades de las cuales puede gozar una persona en el orden jurídico, incluso sobre la misma persona del imputado o demandado o sobre quienes integran el plexo probatorio. Aun cuando esto se percibe con mayor claridad en el proceso penal, también es dable observarlo en el proceso civil. La privación de la libertad constituye una clásica medida coactiva propia del sistema penal que, incluso, se aplica durante el proceso, aun presumiéndose la inocencia de imputado. Otros derechos y libertades pueden quedar afectados como la inviolabilidad de domicilio, la correspondencia y los papeles privados, cuando se ordena allanamientos y se secuestra la documentación.

En el ámbito civil podemos citar la posibilidad de hacer comparecer a los testigos por medio de la fuerza pública si no concurren a declarar. Igualmente las medidas precautorias que se adoptan significan actos coactivos que afectan las libertades del sujeto afectado. El embargo, secuestro, la intervención judicial, la prohibición de innovar, la prohibición de contratar, son todas medidas que afectan la disposición del patrimonio y, por ende, el ejercicio de los derechos y libertades garantizadas por la

Constitución Nacional. En el juicio de insania, el presunto insano puede ser sometido de manera forzada a una revisión médica y a ese efecto, el juez podrá ordenar su internación¹³² (art. 625, Cód. Procesal). Es decir, se impone este reconocimiento de manera compulsiva con fines de protección.

En el proceso civil las partes están obligadas a dar información para el esclarecimiento de la verdad. Prueba de ello es la forma en que se halla organizada la prueba confesoria ya que frente a la no comparecencia o la negativa a contestar las posiciones, se tiene al citado por confeso (art. 417, Cód. procesal). es decir, las partes no tiene derecho al silencio. Igualmente para los terceros, la colaboración con la administración de justicia constituye una carga procesal¹³³. Basta recordar el art. 431 del Cód. Procesal que impone a los testigos la obligación de comparecer bajo apercibimiento de ser traídos por la fuerza pública y les aplica multas sancionatorias. Igualmente debe tenerse en presente el art. 37 de Cód. Procesal de la Nación que permite al juez imponer a las partes y terceros sanciones conminatorias compulsivas y progresivas tendientes al cumplimiento de sus mandatos.

El estado de familia es indisponible y en los juicios de filiación hay un interés social en la averiguación de la verdad que no se encuentra sólo al

¹³² Grosman, Cecilia, ob. cit., LL, 1992-B-1193.

¹³³ En las II Jornadas interdisciplinarias de Derecho de Familia y Minoridad, Morón, Provincia de Buenos Aires, octubre de 1991, se recomendó que se estableciera que el tercero tampoco puede negarse injustificadamente a someterse a las pruebas biológicas cuando su realización resulte indispensable para el esclarecimiento de la filiación invocada. Tal deber asume el carácter de una carga pública.

servicio del interés privado. A la comunidad en general, le interesa asegurar la responsabilidad generativa de sus miembros y, fundamentalmente, considerar el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un indeleble derecho de su personalidad. Ello se engarza con la prerrogativa que cada sujeto posee, como merecedor de tutela jurídica, respecto al exacto conocimiento de su identidad, principio sustentado en la Convención de los Derechos del Niño que contempla el derecho de los menores a conocer a sus padres, de preservar su identidad y de la obligación de los estados signatarios para prestar la debida asistencia y apropiada protección con miras a restablecer aquella unívoca filiación.

Es decir, por encima de la eventual colisión de derechos, entre las partes implicadas -negativa paterna y derecho a la identidad- debe, necesariamente, prevalecer el interés social en juego y el orden público preeminente que se intenta trastocar. Resulta poco convincente y jurídicamente insostenible pretender esgrimir incólumes y enhiestos derechos constitucionales que hacen a un mal entendido derecho de defensa y de igualdad ante la ley, de no incriminación personal, de integridad física o afecciones a la salud para transformarlos en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una anterior conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles y sobrevinientes vínculos familiares. Ello, sin

dejar de considerar que el esclarecimiento de la verdad es un objeto que, se supone, interesa por igual al menor, a su madre y a su presunto padre. Ningún desatino, sin embargo, parece más propio de nuestro tiempo como el de querer constituir un orden temporal, estable y provechoso, sin asentarlo sobre el único cimiento capaz de darle consistencia¹³⁴; es decir, prescindiendo de la trascendencia creadora y de la dignidad que conlleva todo el género humano, así como querer hacer la grandeza del hombre cegando la fuente de la que emana y se nutre esa misma vastedad, que parece sostener el funesto principio de que la utilidad es la base y la regla de todo derecho.

¹³⁴134 Osvaldo Onofre Álvarez, ED, 167-299.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

1. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA BIOLÓGICA:

- a) La prueba pericial biológica reviste fundamental importancia en los juicios de filiación, ya que permite en muchos casos determinar positivamente la paternidad o la maternidad o bien descartarlas con una certidumbre prácticamente absoluta. En mérito a ello, y al haber la ley otorgado a los jueces la facultad de disponer su realización de oficio en ausencia de ofrecimiento de parte, siempre que existan dudas acerca de si medió negligencia o no de la parte interesada en instar su producción, corresponderá entender que aquella fue resuelta por los jueces ordinarios de la causa en funciones propias legalmente conferidas. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 1997/09/23, Z., C. R. C. c. M., H. A., LL Litoral, 1999-454).-

1.1. SISTEMA HLA, O COMPLEJO MAYOR DE HISTOCOMPATIBILIDAD Y PRUEBA DE ADN:

- a) La prueba biológica denominada Human Lymphocyte Antigen (HLA), reviste particular relevancia por la importancia de las investigaciones en que se apoya y por la índole de los análisis

que requiere y aunque las conclusiones de la misma no obligan a los jueces que son soberanos en la ponderación de aquélla a los fines de acreditar la filiación, para prescindir de ella se requiere por lo menos que se le opongan otros elementos no menos convincentes. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 01/02/00, M., N. C. c. M. N. A., succs., LL, 2000-E, 740 - DJ, 2000-II-1195).-

- b) El pequeño margen de improbabilidad en la determinación positiva de la paternidad y maternidad que en ocasiones se instalaba mediante la utilización del sistema de H.L.A., si bien en pocos casos superior al 3%, prácticamente ha desaparecido a partir de los estudios llevados a cabo sobre el compuesto químico conocido como ácido desoxirribonucleico (A.D.N.), llegándose a través del mismo a conclusiones en grado de certeza absoluta, circunstancia que ha convertido a la prueba biológica en un elemento fundamental en los juicios de filiación. (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 4 de Rosario, 1996/07/03, T., S. L. c. R., F. C., LL Litoral, 1999-437).-

1.2. PRUEBA BIOLÓGICA UNIDA A OTROS MEDIOS DE PRUEBA:

- a) El importantísimo valor que corresponde conferir a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica en el juicio de

filiación, unida a otras probanzas que si bien en un análisis riguroso podrían ser calificadas como insuficientes, permiten hacer lugar al reclamo filiatorio. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 1996/08/21, Q., Z. A. c. B., F., LL Litoral, 1998-1-434).-

- b) Si a la acreditación mediante la prueba biológica de la relación íntima de los padres durante el período legal de la concepción se le une que ocurrió el parto y que hay identidad entre el nacido y entre quien demanda la filiación, el nexa biológico estará acreditado. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, 1992/06/02, Asesoría de Incapaces Nº 2, LLBA, 1995-198, con nota de Edmundo O'Neill - JA, 1992-III-569).-

2. EXÁMENES BIOLÓGICOS PRACTICADOS A LOS ABUELOS U OTROS PARIENTES CERCANOS:

- a) Si bien los abuelos del pretendido nieto no son parte en el juicio de filiación iniciado contra el pretendido padre, la posibilidad de que con el consentimiento de los primeros se obtuviesen elementos de convicción de orden científico, tendientes a revelar la filiación, resulta pertinente a la luz de la norma que, con amplitud, admite toda clase de pruebas en este tipo de juicio, incluida expresamente la prueba biológica (art. 253, Cód. Civil, ley 23.264 -Adla, XLV-D,

3581-). (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 25/11/86, L., M. J. c. E., C., LL, 1987-C, 69, con nota de Beatriz Biscaro - DJ, 987-2-657).-

- b) El resultado positivo de la prueba biológica practicada con el hermano del demandado, ante la negativa de éste a someterse a ella, más la prueba de las relaciones sostenidas por él con la madre del menor, determinan la procedencia de la demanda de reclamación de filiación. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 19/10/89, R., E. N. y otro c. M., H. E., LL, 1990-A, 2, con nota de Eduardo A. Zannoni - DJ, 1990-1-878).-

3. NEGATIVA DEL DEMANDO A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA:

- a) La negativa a someterse a la prueba biológica a los fines de la determinación de la filiación constituye un abuso de derecho además de una falta de solidaridad y colaboración con la administración de justicia. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/04/98, O., M. C. c. N., E. R., LL, 1998-D, 741 - DJ, 1998-3-395).-
- b) No se incurre en arbitrariedad normativa por presumir la paternidad del demandado por filiación extramatrimonial, que se niega a

someterse a la prueba biológica. (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 1991/09/19, A., M. c. L., C. L., LA LEY, 1992-D, 536, con nota de María Josefa Méndez Costa - DJ, 1992-2-1030).-

- c) No existiendo ninguna razón que justifique la negativa del demandado a que se produzca prueba biológica destinada a demostrar la existencia de incompatibilidad de los grupos sanguíneos de las partes -en el caso, en un juicio de filiación-, cabe presumir la verosimilitud de la tesis contraria a quien sostiene la injustificada negativa. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 1999/09/10, G., S. R. c. B., J. A., LL NOA, 2000-1205).-
- d) De admitirse la negativa a realizar la prueba biológica para acreditar la filiación, aun cuando sea injustificada, se harían recaer sobre el hijo las consecuencias negativas a pesar de que la conducta es imputable al padre que no lo reconoció. El régimen probatorio violentaría así el derecho de defensa. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 1995/08/29, C. L., M. c. G., A. B., LA LEY, 1996-B, 546, con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi (h.) - DJ, 1996-1-1121).-
- e) En el juicio de filiación se encuentra comprometido no sólo el interés personal de los involucrados, sino el de la sociedad toda. Lo

expuesto permite concluir que la negativa a someterse a la prueba biológica posee suma importancia en comparación con los demás indicios que puedan analizarse, en tanto la actitud de quien obstaculiza su producción debe juzgarse en forma severa, pues por esta vía se fuerza al juez a resolver en base a elementos más inciertos y de difícil acreditación. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 1997/09/23, Z., C. R. C. c. M., H. A., LL Litoral, 1999-454).-

- f) Es procedente la demanda de filiación si, a pesar de existir en la causa un plexo probatorio de escasa entidad, por sí insuficiente para sostener la demanda, el mismo se ve revitalizado con la negativa del demandado a someterse a la realización de la prueba biológica, lo cual permite al tribunal formar plena convicción en orden a la vinculación sentimental alegada por la progenitora, a la existencia de relaciones íntimas al tiempo de la concepción y a que la filiación reclamada se compadece con el nexa biológico.(Tribunal Colegiado de Familia Nro. 4 de Rosario, 1996/07/03, T., S. L. c. R., F. C., LL Litoral, 1999-437).-

- g) La admisión de la demanda de filiación con fundamento en la negativa del demandado a la realización de la prueba biológica, sumada a otras pruebas obrantes en la causa y debidamente detalladas por el a quo, es susceptible de provocar consenso o

disenso, mas no puede importar arbitrariedad ni por ende habilita a descalificar la sentencia como acto judicial válido y suficientemente fundado por tratarse de una cuestión opinable y controvertida. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, 1997/11/25, T., S. L. c. R., F. C., LA LEY, 1999-E, 900 (41.861-S) - LL Litoral, 1998-2-1117).-

- h) Las respuestas evasivas brindadas por el demandado al contestar la demanda de filiación ponen de manifiesto un artificio defensivo que resulta compatible con la renuencia o negativa a someterse a la prueba pericial biológica, sin contar con una excusa atenuante o justificante. (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 1998/05/14, O., M. J. c. A., J. M., LL Litoral, 1999-419).-

3.1. INDICIO O PRESUNCIÓN EN CONTRA DE LA POSICIÓN SUSTENTADA POR EL RENUENTE:

- a) La presunción o indicio establecido en contra de quien se niega a la realización de la prueba biológica en juicio de filiación, no se funda sólo en el art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) sino también en todo el sistema probatorio y en la actual regulación civil existente en materia de filiación. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, 2000/03/27, B., S. c. A., J. A., LL Litoral, 2000-741).-

- b) La negativa del demandado a someterse a la prueba biológica en juicio de filiación, en el que no sólo se encuentra comprometido el interés personal de los involucrados sino el de la sociedad toda, adquiere relevancia en comparación con los demás indicios que pudieran analizarse, pudiendo en consecuencia calificarse como un indicio grave. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 1996/08/21, Q., Z. A. c. B., F., LL Litoral, 1998-1-434).-

- c) El rehusarse a la producción de la prueba pericial biológica en juicio de filiación, sin causa que justifique tal proceder, no es jurídicamente intrascendente cuando se trata de establecer la verdad biológica, configurando en consecuencia un acto de obstrucción que da origen a un indicio grave, sin perjuicio de que a la vez puedan apreciarse otros comportamientos del demandado. (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 1998/05/14, O., M. J. c. A., J. M., LL Litoral, 1999-419).-

- d) La renuencia del demandado a someterse a la prueba biológica conforma una presunción que puede ser contrarrestada con prueba testimonial. En tales circunstancias, dicha presunción no poseerá carácter contundente a los fines de atribuir la filiación pretendida por el actor. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre

Ríos, sala II en lo Civil y Comercial, 97/04/10, B., G. M. A. c. B., E. O., LL Litoral, 1998-2-69).-

- e) La negativa del demandado a someterse a la realización de la prueba pericial biológica en juicio de filiación, configura una fuente de presunción de la paternidad que asume particular gravedad. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 1997/09/23, Z., C. R. C. c. M., H. A., LL Litoral, 1999-454).-
- f) La negativa del demandado a someterse a la prueba biológica en juicio de filiación configura un indicio de paternidad que necesita de muy escaso complemento para formar convicción, como lo es la declaración de los testigos que, si bien hacen alusión a ciertas cosas que saben por comentarios de la actora, dan razón de sus dichos respecto de que las partes estaban como novios o en pareja, haciendo mención de que los vieron en esas actitudes. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 21/06/01, S., V. c. M., D. A., LL, 2001/10/03, 8 - LL, 2001-E, 740 - DJ, 2001-3, 400 - ED, 2001/09/05, 4 - ED, 194, 54 - Sup. Const, 2002 (agosto), 18, con nota de Cassani, Daniel H).-
- g) Si bien la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se

constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agrega a otros elementos probatorios que unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/07/98, S., A. M. c. A. H. M., LLBA, 1998-957 - DJBA, 155-5630).-

h) Si bien la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para fundar una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, la misma se constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que, unidos al indicio que ella determina, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 1998/04/21, S., M. S. c. F, L., LA LEY, 2000-A, 558 (42.299-S) - ED, 180-216).-

i) La mera oposición a la realización de la prueba biológica, sin que exista ninguna otra reveladora de las circunstancias de hecho que se aducen como fundamento de la filiación reclamada, no es definitoria de por sí, ya que ello no surge del art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529), el cual se limita a darle el valor de indicio. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala II en lo Civil y Comercial, 1994/04/29, C., M. M. y otra, JA, 1995-III-

312; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala II en lo Civil y Comercial, 1994/03/16, D., R. R. c. A., J. P., JA, 1995-II-447).-

- j) La negativa a someterse a la realización de la prueba biológica por parte del demandado en juicio de filiación no configura plena prueba sino un indicio en contra de la posición del renuente, por lo que por sí sola y sin otra apoyatura no permite atribuirle la paternidad. (Cámara de Apelaciones de Concordia, sala Civil y Comercial III, 2000/04/25, F., H. c. G., L., LL Litoral, 2001-560).-
- k) La negativa del demandado en juicio de filiación a someterse a la prueba biológica no configura una omisión jurídicamente irrelevante, ya que el art. 4° de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) le asigna una consecuencia procesal, cual es el constituir indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 1997/08/08, V., M. E. c. P., D. R., LL Litoral, 1998-1-260).-
- l) La negativa del demandado en juicio de filiación a someterse a la prueba biológica configura un indicio (art. 4°, ley 23.511 -Adla, XLVII-B, 1529-), es decir, un hecho que es fuente de presunciones, en cuanto éstas constituyen o son el resultado de la actividad intelectual del juzgador para obtener conclusiones sobre la relación

jurídica familiar afirmada. (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 1998/05/14, O., M. J. c. A., J. M., LL Litoral, 1999-419, con nota de Néstor Solari).-

- m) La constante negativa del demandado por filiación a someterse a la prueba biológica, sin aportar fundamento valedero alguno que la justifique, constituye un indicio, es decir, un hecho que es fuente de presunciones y que por ello permite al juzgador extraer conclusiones acerca de la paternidad de aquél. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 1997/08/08, V., M. E. c. P., D. R., LL Litoral, 1998-1-260).-

3.2. PRUEBA TESTIMONIAL Y RENUENCIA PATERNA:

- a) Es procedente el rechazo de la acción de filiación cuando la prueba testimonial rendida en la causa se encuentra neutralizada en su eficacia demostrativa y, por ello, la pretensión sólo se sustenta en el indicio proveniente de la negativa del demandado a someterse a la realización de la prueba biológica. (Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 2000/04/25, F., H. c. G., L., LL Litoral, 2001-560).-
- b) Corresponde rechazar la demanda de filiación si, ante la insuficiencia de los testimonios brindados por familiares del

demandado -en el caso, madre y hermano-en el sentido de que el actor sería hijo del accionado, el único elemento que acompaña la pretensión del actor es la renuente actitud de éste a someterse a la realización de la prueba biológica. (Cámara de Apelaciones de Concordia, sala Civil y Comercial III, 2000/04/25, F., H. c. G., L., LL Litoral, 2001-560).-, S. c. A., J. A., LL Litoral, 2000-741).-

4. NEGATIVA INJUSTIFICADA:

- a) La negativa del demandado en un proceso de filiación a someterse a la prueba biológica, es injustificada cuando invoca que existe: un documento extranjero que hace plena fe y le veda jurídicamente reconocer al niño; posibilidad de error en aquél tipo de pruebas; y no haber sido oportunamente notificado "bajo apercibimiento de que su no comparecencia sería considerada en su contra". (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 2001/07/24, D.R.C. c. A.M.B., LL Gran Cuyo, 2001-808).-

5. AUSENCIA DE PRUEBA BIOLÓGICA:

Ante la ausencia de estudios de laboratorio que permitan establecer la relación biológica con una certeza absoluta, no mediando reconocimiento ni posesión de estado, ni concubinato que la haga presumir, de acuerdo con la doctrina elaborada a propósito del anterior art. 325 del Cód. Civil y

que ha de considerarse eficaz, la filiación puede quedar acreditada a través de la prueba de los siguientes elementos: 1) la relación íntima de las partes; 2) que esas relaciones hubieran tenido lugar durante el período legal de la concepción; 3) que ocurrió el parto; 4) que media identidad entre el nacido y quien demanda la filiación. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 24/04/91, G., V. B. c. M., B. A., LL, 1992-B, 464, con nota de María Josefa Méndez Costa - DJ, 1992-1-1155).-

6. COMPULSIÓN FÍSICA SOBRE EL PRESUNTO PADRE BIOLÓGICO:

a) La negativa del demandado a prestarse voluntariamente a la realización de la prueba biológica para determinar la filiación del actor no puede conducir a compelerlo físicamente para practicar la pericia, en tanto median razones de respeto y dignidad de la persona humana, sin perjuicio de las consecuencias procesales que tal negativa acarrea y que el juzgador debe valorar al sentenciar. (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 4 de Rosario, 1996/07/03, T., S. L. c. R., F. C., LL Litoral, 1999-437).-

b) Dado que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda porque ello representaría un acto de violencia física, no puede ejercerse compulsión sobre el progenitor para obtener la muestra de sangre destinada a la prueba biológica de la filiación. (Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 02/04/96, C., A. G. c. L. L., R. L., LL, 1997-E, 467 - DJ, 1997-3-270).-

- c) Es admisible el recurso de apelación extraordinario fundado en la causal de apartamiento manifiesto del texto expreso de la ley prevista en el art. 42, inc. 3°, de la ley 10.160 de la Provincia de Santa Fe (Adla, XLVIII-A, 1309), si los agravios formulados por el recurrente se centran en la cuestión constitucional que surgiría de la posible autoincriminación que implicaría la realización compulsiva de la prueba biológica para determinar la filiación de un menor, circunstancia que ante la negativa del accionado provocó el dictado de la sentencia condenatoria. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, 1997/11/25, T., S. L. c. R., F. C., LA LEY, 1999-E, 900 (41.861-S) - LL Litoral, 1998-2-1117.).-

7. CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 4, LEY 23.511:

Las normas que de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica, en un proceso por filiación, derivan un indicio grave en contra del oponente son constitucionales. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 2001/07/24, D.R.C. c. A.M.B., LL Gran Cuyo, 2001-808).-

8. DERECHO A LA IDENTIDAD:

- a) Para decidir acerca de la producción de la prueba biológica de histocompatibilidad, en el marco de un juicio de filiación, debe considerarse primordialmente que se encuentra involucrado el inalienable derecho a la identidad, cuya satisfacción consulta el interés superior del menor de cuya filiación se trata. Asimismo, el derecho de conocer a los progenitores, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), supone para su operatividad el arbitrar los medios idóneos para el conocimiento de la verdad biológica. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 11/03/97, I., N. y O. c. G., G. E., DJ, 1998-1-259).-
- b) La determinación de la filiación de una persona no configura una cuestión privada del demandado, pues afecta un derecho esencial e intransferible del supuesto hijo de conocer su origen biológico, circunstancia que impide que ese derecho quede supeditado a que aquél acepte la realización de la prueba biológica. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 1996/08/21, Q., Z. A. c. B., F., LL Litoral, 1998-1-434).-
- c) La determinación de la verdad en materia de filiación no configura cuestión privada del demandado que, por ende, pueda quedar supeditada a que éste acepte prestarse a la realización de la prueba pericial biológica, ya que se encuentra en juego el derecho

esencial e intransferible del supuesto hijo a conocer su origen biológico, derecho éste que involucra el orden público. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 1997/09/23, Z., C. R. C. c. M., H. A., LL Litoral, 1999-454).-

8.1. INDICIO LEGAL Y DERECHO A LA IDENTIDAD:

El establecimiento de un indicio legal como el previsto en el art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) para el caso en que el demandado en juicio de filiación se niegue a la realización de la prueba biológica, se funda en el hecho de que la determinación de la verdad en la materia no es un asunto privado del demandado que pueda quedar supeditado a que éste acepte o no someterse a la prueba, pues está directamente involucrado el derecho a la identidad (arg. art. 3º, apart. 1º, Convención sobre los derechos del niño -Adla, L-D, 3693-). (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 2000/05/12, M. N. H. c. I., O. R., LL Litoral, 2000-1270).-

8.2. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A NO INCRIMINARSE Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD:

- a) El derecho a no incriminarse, enunciado en el art. 18 de la Constitución Nacional, tiene vigencia únicamente en el ámbito del derecho penal, no así en el campo del derecho civil por lo tanto no

genera pugna alguna con el derecho a la identidad (art. 7º, párr. 1º, Convención de los Derechos del Niño -Adla, L-D, 3693-) en el caso de la negativa a someterse a la prueba biológica por parte del demandado en un juicio de filiación. (Del voto del doctor Pettigiani). (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/07/98, S., A. M. c. A. H. M., LLBA, 1998-957 - DJBA, 155-5630).-

- b) El principio constitucional conforme al cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo se limita a la materia penal y es inaplicable, por ende, respecto de quien se niega a la realización de la prueba biológica en juicio de filiación. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, 2000/03/27, B., S. c. A., J. A., LL Litoral, 2000-741).-

8.3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

El derecho a la identidad, con rango constitucional otorgado por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional al estar contenido en la Convención de los Derechos del Niño, potenciado por la norma de igual jerarquía que consagra como pauta indeclinable al interés superior del niño (art. 3.1, Convención de los Derechos del Niño -Adla, L-D, 3693-), desplaza nitidamente el interés puramente individual que podría oponer el demandado para negarse a la realización de la prueba biológica requerida

a los fines de la certeza a la filiación del menor. (Del voto del doctor Pettigiani). (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/07/98, S., A. M. c. A. H. M., LLBA, 1998-957 - DJBA, 155-5630).-

8.4. EXHUMACIÓN DEL CADÁVER:

8.4.1. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DERECHO DE LOS HEREDEROS DEL CAUSANTE – ADMISIÓN DE LA EXHUMACIÓN DEL CADÁVER:

La tutela del derecho de los herederos del causante a velar por el descanso de los restos mortales de aquél, por lo que se oponen a la exhumación del cadáver necesaria para realizar la prueba biológica, debe ceder ante el interés social comprometido en el juicio de filiación y el derecho a la identidad personal del actor, máxime cuando el derecho de los niños a conocer a sus padres y el de preservar su identidad consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene jerarquía constitucional, por lo que del examen del conflicto de derechos subjetivos en pugna corresponde admitir la pretensión y ordenar la exhumación del cadáver. (Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1 de Azul, 1994/10/24, S. M. R. c. D. de M., A. y otros, LLBA, 1995-384 - ED, 163-20).-

8.4.2. DERECHO A LA IDENTIDAD - EXHUMACIÓN DEL CADÁVER - DEBER DE COLABORACIÓN EN EL PROCESO:

Debe atenderse al deber de colaboración exigible a los litigantes para contribuir al esclarecimiento de la verdad real, máxime cuando los accionados se encuentran en posesión del medio de prueba, los restos humanos del padre alegado, y por ende en mejores condiciones fácticas de aportar los elementos conducentes para resolver, lo que confiere legitimidad sustancial y formal a la resolución que ordena la exhumación del cadáver para producir la prueba biológica, de relevante importancia en el juicio de filiación. (Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1 de Azul , 1994/10/24, S. M. R. c. D. de M., A. y otros, LLBA, 1995-384 - ED, 163-20).-

8.4.3. EXHUMACIÓN DEL CADÁVER - VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA BIOLÓGICA:

Debe declararse procedente la exhumación de los restos del supuesto padre en atención a que la relación de filiación sólo es explicable a la luz de una realidad biológica. Tal solución encuentra sustento en la certeza que brindan las modernas pruebas biológicas para la determinación positiva de la filiación, así como en el criterio según el cual en juicios como el presente rige el principio de máxima amplitud en cuanto a los

medios de prueba que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o se encuentren expresamente prohibidos para el caso. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 1993/05/02, R. c. C. de A., JA, 1994-I-340).-

9. FILIACIÓN POST MORTEM – RENUENCIA DE ASCENDIENTE COLATERAL O DESCENDIENTE DEL PRETENSO PADRE:

- a) No puede atribuirse el mismo efecto jurídico si el renuente a la prueba biológica es el pretenso padre vivo, a que lo sea algún descendiente, colateral o ascendiente del pretenso padre en una acción de reconocimiento de filiación "post mortem". (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala II en lo civil y comercial, 1994/03/16, D., R. R. c. A., J. P., JA, 1995-II-447).-
- b) La sola renuencia de los accionados, colaterales del pretenso padre del promotor de una acción de filiación post mortem, a producir la prueba biológica, no puede constituirse en una presunción contundente como para atribuir la pretendida filiación. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala II en lo civil y comercial, 1994/03/16, D., R. R. c. A., J. P., JA, 1995-II-447).-

- c) La falta de reiteración de la prueba biológica ofrecida -la cual no resultó suficiente ni concluyente en el modo en que había sido brindada- o la reformulación en el modo de prestar colaboración por parte de los demandados en una acción de reclamación de filiación -en el caso, los herederos del supuesto padre fallecido- debe interpretarse como una actitud negativa con relevancia jurídica en razón de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) constituyendo, por ende, un indicio en contra de aquellos. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 01/02/00, M., N. C. c. M. N. A., sucs., LL, 2000-E, 740 - DJ, 2000-II-1195).-

10. FILIACIÓN – MATRIMONIO:

La acción de filiación no es viable si de las partidas se desprende que la madre biológica de la peticionante al momento de su fallecimiento era casada, no hay prueba o indicios sobre su supuesta separación de hecho, así como de la convivencia con quien se considera que es su padre. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 11/07/00, Q., C. c. I., R. y otros, LL, 2001-C, 761, con nota de Santos Cifuentes - DJ, 2001-2-334 - ED, 189-200.).-

11. AMPLITUD PROBATORIA – ART. 4, LEY 23.511:

- a) Aunque al demandar la filiación no se hubiese pedido específicamente la prueba biológica aludida por el art. 4° de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529), solicitándose genéricamente una prueba de incompatibilidad inmunogenética, cabe interpretar que esa intención es la de recurrir dentro de lo posible a los medios que resultaran más aptos o idóneos para establecer la filiación pretendida. Otra interpretación, pecaría de censurable rigorismo formal. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 09/11/93, G. de E., D. N. c. M., R., LL, 1994-B, 31 - DJ, 1994-1-299 - DJBA, 145-7760).-
- b) La carencia de "nomen", "tractus" y "fama" determinan que el menor accionante acredite, por todos los medios de prueba, incluso la prueba biológica, su concreta filiación con el presente progenitor, amplitud probatoria que expresamente consagra el art. 253 del Cód. Civil. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, 1992/06/02, Asesoría de Incapaces N° 2, LLBA, 1995-198, con nota de Edmundo O'Neill - JA, 1992-III-569).-
- c) El requisito establecido en el art. 4° de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529), cual es la verosimilitud de la pretensión de filiación allí exigida para la producción de la prueba pericial biológica, debe interpretarse con un criterio amplio, lo cual implica que la probabilidad del derecho a la filiación debe surgir razonablemente

de los hechos en que se sustenta aquélla. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, Z., C. R. C. c. M., H. A., LL Litoral, 1999-454).-

12. ORDEN DE PRELACIÓN DEL ART. 4, LEY 23.511:

- a) Los argumentos del demandado relativos a que se habría dispuesto la producción de la prueba pericial biológica no mediando el requisito del art. 4º de la ley 23.511, cual es que la pretensión de filiación aparezca verosímil o razonable, no resultan atendibles pues el art. 253 del Cód. Civil según reforma efectuada por la ley 23.264 (Adla, XLVII-B, 1529; XLV-D, 3581) determina la admisión de toda clase de pruebas, las cuales pueden ser dispuestas aún de oficio y sin que exista condicionamiento alguna para ello. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 1997/09/23, Z., C. R. C. c. M., H. A., LL Litoral, 1999-454).-
- b) Corresponde rechazar la demanda de filiación si, a pesar de haberse negado el demandado a someterse a la prueba biológica, el único testimonio colectado en juicio no alcanza a cubrir los requisitos probatorios que el sistema legal vigente exige para que opere la presunción contenida en el art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) (Del voto en disidencia del doctor Macagno).

(Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, Q., Z. A. c. B., F., LL Litoral, 1998-1-434).-

13. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 23.511:

El art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529), que establece una presunción o indicio en contra de quien se niega a la realización de la prueba biológica en juicio de filiación, es aplicable en el ámbito de la Provincia de Formosa. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, 2000/03/27, B., S. c. A., J. A., LL Litoral, 2000-741).-

PROYECTO DE LEY

Seguidamente se presentan el proyecto original y el modificado.

Es posible acceder a la lectura del estado actual del trámite legislativo del Expte. a través de la página de internet del Senado de la Nación: www.senado.gov.ar, en el link de Senadores, Sdor. Oscar Aníbal Castillo, Proyectos. A la fecha de entrega del presente trabajo de investigación (Octubre de 2005) el proyecto se encuentra bajo análisis en las Comisiones de Legislación General y de Salud y Deporte aun sin fecha de dictamen.

Anhelamos que a través de los legisladores, el pueblo logre la perfectibilidad normativa que refleje los avances de la ciencia y sustente el principio de la verdad biológica propendiendo a la responsabilidad procreacional y la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos emergentes de esa realidad, para que en un futuro el juicio de filiación sea de neto corte pericial o una comprobación rutinaria que no necesariamente pasará por los estrados judiciales.

Sinopsis gráfica del tratamiento ante la negativa a colaborar en el peritaje
en la ley vigente, proyecto original y proyecto final

NORMATIVA	Ley 23.511 Art. 4	Proyecto Original (sin modificaciones posteriores)	Proyecto Definitivo
CONSECUENCIAS Frente a la negativa del renuente a la realización del examen genético.	Indicio.	Paternidad por cierta. <i>(Luego de haber sido debidamente notificado por segunda vez)</i>	Presunción grave.
OBLIGATORIEDAD DEL EXAMEN GENÉTICO	NO	SI	NO

PROYECTO DE LEY:

NOTA: (El presente Proyecto es el original que ulteriormente sufre modificaciones).

Artículo N° 1:

Modifícase el artículo 4 de la ley N° 23.511, el cual quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 4: Cuando fuere necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciere verosímil o razonable, se practicará el examen genético obligatorio, sometiendo a las partes a la realización de los exámenes biológicos, siempre y cuando los mismos no fuesen dañosos para la salud. Ante la negativa injustificada a someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado por segunda vez, se considerará cierta la paternidad invocada, salvo prueba en contrario. Los jueces nacionales, requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y a designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales."

Artículo N° 2: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS:

Señor Presidente:

La gran relevancia social, cultural, psicológica y biológica de la identidad humana, hacen de ella un tema de suma importancia en la sociedad moderna. Con la llegada del milenio nuevos aires impregnaron el derecho de familia y sus consecuencias jurídicas, trayendo aparejadas modificaciones en diversos institutos, como el de la filiación, a raíz de la evolución en los mecanismos de determinación biológica. Hasta hace no tanto tiempo atrás el enfoque en materia de filiación, partía de dos hechos difícilmente comprobables; El primero, las relaciones sexuales y el segundo e indispensable, el nexo biológico; Para los cuales se estructuró un complejo sistema de presunciones de mayor o menor entidad, dentro de las cuales se encontraba la prueba hematológica, la misma revelaba la incompatibilidad de grupos sanguíneos, en otras palabras, comprobaba la no paternidad. Ya en 1965 fue advertido por Díaz de Guijarro que *"...los estudios avanzarían de tal forma que llegaría el día en que fuese posible determinar la filiación... y en ese momento caería por completo el sistema presuntivo clásico debiendo ser reemplazado por valoración de elementos biológicos"* (E.L Gregorini Clusellas). Este momento particular al que se refiere el autor, nos ha alcanzado permitiéndonos determinar la inclusión de paternidad con índices cercanos al 100%, es por ello que "debemos realizar un replanteo del sistema clásico presuntivo, orientándonos a darle suficiente entidad a la prueba pericial biológica, ya que por su

preeminencia opaca los otros medios probatorios, pudiendo ser considerada la probatio probatissima, tal como a su tiempo fue clasificada la de confesión" (Cám. CC San Isidro, sala I, 28-4-94) inclusive "su poder de convicción es tan fuerte que produce una inversión de su onus probandi a cargo de quien pretende desvirtuar sus alcances" alcanzando a la negativa injustificada a la pericia (E.L Gregorini Clusellas). Como bien fue advertido ut supra hasta 1970 mediante las técnicas existentes se podía excluir la paternidad de una persona sobre un determinado niño, cuando se comenzó a utilizar la técnica de HLA (antígenos de histocompatibilidad) quedó en evidencia que era posible la comprobación del nexo biológico. Los seres humanos poseemos individualidad biológica producto de una combinación única de un 50% de los genes paternos y de un 50% de los genes maternos en la fecundación; el ADN se estructura a través de una larga molécula en forma de doble hélice, siendo este el material encargado de almacenar y transmitir la información genética ("documento genético"). "La prueba de HLA se realiza en principio sobre la madre, hijo y padre alegado (llegando hasta el abuelismo), como los alógenos se encuentran anclados en las membranas de las células nucleadas del organismo su estudio se hace generalmente sobre glóbulos blancos que se extraen de una muestra de sangre equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio, inocua, indolora, no invasora y atraumática, que en breves segundos termina con las tribulaciones, angustias,

inseguridades y deterioro anímico que significan a veces años de recolección de pruebas, testimonios, fotografías, etc."(Cám CC. Azul, 26/3/92), arrojando resultados, que sólo por milésimos no llegan al 100% de probabilidad de inclusión o bien de exclusión de la paternidad. Lo que implica que ya no se trata de una esperanza sino de una realidad: "la paternidad en momentos actuales es perfectamente demostrable", por esto es menester nuestro afirmar que nuestra legislación y nuestros tratadistas "están desactualizados en esta materia habida cuenta que es hasta el día de hoy que se siguen citando en sentencias de filiación" (E. Calarota determinación de la paternidad por el sistema de HLA...).

Es deber nuestro como legisladores seguir una corriente de perfectibilidad normativa, tratando de reflejar los notables avances científicos y dar luz a la normativa vigente, hace tiempo atrás esta Honorable Cámara persiguió esta finalidad al dejar constancia del valor de los avances científicos al darle forma al nuevo artículo 253 del CC, estableciendo que en las filiaciones se admitiría toda clase de pruebas, incluso las biológicas, siendo altamente ilustrativa la fundamentación de la mención a las pruebas biológicas en el dictamen unánime y conjunto de la Comisión de familia y Minoridad y de Legislación General, en el cual se menciona la particular relevancia para las pruebas biológicas, a las cuales asigna, la posibilidad de determinar con absoluta certeza la coincidencia de lo biológico con lo normológico (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 25° reunión, 16° sesión ordinaria 26/9/84) resulta claro pues,

que el legislador sustenta el principio de la verdad biológica propendiendo a la concordancia entre la procreación como hecho biológico y la filiación como hecho jurídico (C. Apel., CC San Isidro, sala I, 13/10/88).

El artículo 4 que se pretende reformar establece que "cuando fuese necesario determinar en un juicio la filiación de una persona se practicará el examen genético correspondiente, y la negativa a someterse al mismo constituirá **indicio** contrario a la posición sustentada por el renuente".

El primer punto en el cual debemos detenernos es en el termino "**indicio**" el cual no permite atribuir la real gravitación de la conducta del renuente en el proceso, este término es más propio del lenguaje de la investigación criminal que del proceso civil, no teniendo la entidad adecuada, pues un indicio puede constituir o no uno de los elementos que podrían llegar a constituir una presunción ("Renuencia paterna a la prueba hematológica", J.A Mazzinghi) como lo establece el art. 163 del CPCC.

La norma 23.511, no se refiere a una presunción contraria al renuente, de todos modos, ha sido juiciosamente utilizada y el concepto que ella expresa (se lo considere mero indicio o presunción), es suficiente para resolver el caso siendo doctrina judicial virtualmente uniforme que la negativa a someterse a las pruebas biológicas crea una presunción en contra de la posición asumida en juicio por la parte que se niega. (CNCiv. Sala C, ED, 157-270; id. Sala E, 29-8-91, JA, 1992- IV-434; id., Sala F, 11-5-88, LL, 1988-C-442; id. 24-8-92, JA, 1994-I-122, entre otros) y otorgándole la entidad suficiente como plena prueba (dictamen Asesor de

menores de Cam., CN.Civ sala E 2-10-87; id, sala L 14-4-1994;id. Sala M 8-11-1993, entre otros).

¿Qué sucede cuando entran en colisión varios derechos?

En virtud de los principios generales del derecho, ante la colisión de dos prerrogativas debe primar aquella de mayor valor, siendo claro que en este caso nos referimos a los derechos del niño, reconocidos constitucionalmente a través de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 18 reza:

"Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos...", artículo 19: "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado", a su vez la Convención sobre los Derechos del Niño establece en sus artículos 7 y 8 respectivamente: "el niño... tendrá derecho desde que nace a un nombre ... y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos...", "Los Estados se comprometen a respetar al niño a preservar su identidad, nombre y relaciones familiares...".

Es un derecho / deber de la comunidad asegurar la responsabilidad generativa de sus miembros, tendiendo a lograr el emplazamiento filiar del menor, consecuencia necesaria de la prerrogativa que cada sujeto posee, como merecedor de la tutela jurídica respecto al exacto conocimiento de su identidad, por lo cual por encima de la eventual colisión de derechos, debe prevalecer el interés social en juego y el orden público preeminente

que se intenta trastocar. Hoy en día es ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia Argentina, que la negativa a la realización de una prueba genética no puede ampararse en el ejercicio abusivo de los derechos de la personalidad del renuente, el "*jus hominis in se ipsum*" o "*potestas in se ipsum*" que toda persona tiene sobre sí, no es absoluto, sino que se encuentra limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio. Es práctica cotidiana que el individuo, para eludir su responsabilidad procreacional, utilice el recurso de no prestar colaboración en la realización de los análisis genéticos, amparándose en derechos como "el debido proceso" o "derecho a la intimidad" (la CSJN ha sostenido numerosas veces que la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra si mismo solo rige en materia penal, CS 238:416, 240:416; LL 92-293), pero esta actitud del demandado "desbarata la finalidad legislativa que tiene por objeto brindar igualdad real a las filiaciones", por lo cual resulta mas que lógico presumir que "quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar", no debiendo ser olvidado por nosotros mismos que el principio del debido proceso no implica transformar a la actuación ante los tribunales en un ámbito en donde no interesa la verdad, ni la conducta de los litigantes ya que en todo proceso debe primar la verdad jurídica e impedirse su ocultamiento mediante ritualismos formales que conducen a una denegación de justicia. Tanto es así que la jurisprudencia recepta con altos criterios de uniformidad la postura de que la negativa injustificada del demandado a someterse a análisis genéticos

crea una presunción grave en contra del renuente (Capel. CC San Isidro, Sala I, 13-10-88, LL t. 1989, p. 562; C1° CC San Isidro, Sala I, 28-4-94, ED t. 159, p. 180; CNCiv, Sala L, 14-4-94; CNCiv, Sala M, 8-11-93, LL t. 194, p. 76; CNCiv Sala E, 2-10-87 LL t. 1988, p 310; CNCiv Sala E, 29-8-91, JA 1992 VI, p. 434, entre otros) Ahora debemos entrar a analizar específicamente el objetivo que lleva insito la negativa del renuente a la realización de los análisis genéticos; El demandado se ampara erróneamente en sus garantías constitucionales, fundamentando o no su actitud, pero debemos preguntarnos ¿esta negativa, no es una estrategia para destruir la paternidad alegada?, a lo que debemos responder positivamente, el demandado adquiere un rol activo, obstruccionista que impide llegar a la determinación de la verdad biológica, tiñendo a su negativa de ilegítima, atento a que "cuando las fuentes de prueba se encuentren en manos de una de las partes integrantes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales conlleva que dicha parte sea quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Ello se adecua al principio de las cargas probatorias dinámicas (prueba quien esta en mejores condiciones de probar)", es por ello que debemos afirmar que frente a esta actitud debe obrarse una efectiva inversión de la carga probatoria en pos de la persecución de la verdad jurídica, no debiendo el presunto padre limitarse a negar tal condición, debiendo aportar las pruebas que desbaratan las presunciones y acreditaciones que sirvan al accionante

(C.Apel. CC San Isidro, sala I 13-10-88, LL t 1988 p. 563; 1° CC, San Isidro Juzgado N° 9 29-3-88, ED t. 128 p. 331; C 1° CC San Isidro, sala I 28-4-94 ED t. 159 p. 181; entre otros).

El efecto que se intenta darle a la negativa, no es sancionatorio, sino que debe aparecer como una solución razonable ante un conflicto de esta entidad, ya que si el juez desechare la demanda por falta de elementos probatorios, el emplazamiento filial carecería de efectividad por voluntad y arbitrio del presunto progenitor, en otras palabras, la igualdad de las filiaciones pasaría a ser una declaración abstracta. Es por ello que frente a esta actitud aparece como razonable y justo valorar a la negativa como un reconocimiento de los hechos, salvo que se cuente con elementos probatorios de alta entidad en contrario, como ser: imposibilidad de nexo por ablación de órganos de la reproducción, ausencia prolongada, esterilidad total etc.

Atento a todo lo expuesto es menester de este cuerpo adoptar una posición tendiente a no frustrar el derecho cuyo amparo se reclama a través de una justicia más humana y solidaria.

Oscar A. Castillo.- María T. Colombo.

EXPEDIENTE NUMERO 465/05

└ Trámite Legislativo del Expediente

└ Fechas en Mesa de Entrada

MESA DE ENTRADA	DADO CUENTA	Nº DE D.A.E.
18/03/2005	06/04/2005	24

└ Fechas en Dirección Comisiones

DIR. COMISIONES	INGRESO DEL DICTAMEN
29/03/2005	SIN FECHA

└ Giros del Expediente a Comisiones

LEGISLACIÓN GENERAL ORDEN DE GIRO: 1
FECHA DE INGRESO: 29/03/2005 FECHA DE EGRESO: SIN FECHA
SALUD Y DEPORTE ORDEN DE GIRO: 2
FECHA DE INGRESO: 29/03/2005 FECHA DE EGRESO: SIN FECHA

EXPEDIENTE NUMERO 465/05

Texto Original Completo

PROYECTO DE LEY -- TEXTO ORIGINAL

VERSION PRELIMINAR SUSCEPTIBLE DE CORRECCION UNA VEZ
CONFRONTADO CON EL
ORIGINAL IMPRESO

Senado de la Nación
Secretaría Parlamentaria
Dirección Publicaciones

(S-465/05)
PROYECTO DE LEY
El Senado y Cámara de Diputados...

Articulo. 1: modifícase el artículo 4 de la ley 23511, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

"Artículo. 4: Cuando fuere necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciere verosímil o razonable, se practicara el examen genético, el cual podrá ser decretado de oficio o a petición de parte. La negativa injustificada a someterse a los exámenes y análisis necesarios, configurara una presunción grave contraria a la posición del reuente, la cual servirá para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación. Los jueces nacionales, requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y a designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales."

Articulo. 2: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Oscar A. Castillo.- María T. Colombo.

FUNDAMENTOS:

Señor Presidente:

La gran relevancia social, cultural, psicológica y biológica de la identidad humana, hacen de ella un tema de suma importancia en la sociedad moderna. Con la llegada del milenio nuevos aires impregnaron el derecho de familia y sus consecuencias jurídicas, trayendo aparejadas modificaciones en diversos institutos, como el de la filiación, a raíz de la evolución en los mecanismos de determinación biológica. Hasta hace no tanto tiempo atrás el enfoque en materia de filiación, partía de dos hechos difícilmente comprobables; El primero, las relaciones sexuales y el segundo e indispensable, el nexo biológico; Para los cuales se estructuró un complejo sistema de presunciones de mayor o menor entidad, dentro de las cuales se encontraba la prueba hematológica, la misma revelaba la incompatibilidad de grupos sanguíneos, en otras palabras, comprobaba la no paternidad. Ya en 1965 fue advertido por Díaz de Guijarro que "...los estudios avanzarían de tal forma que llegaría el día en que fuese posible determinar la filiación... y en ese momento caería por completo el sistema presuntivo clásico debiendo ser reemplazado por valoración de elementos biológicos" (E.L Gregorini Clusellas). Este momento particular al que se refiere el autor, nos ha alcanzado permitiéndonos determinar la inclusión de paternidad con índices cercanos al 100%, es por ello que "debemos realizar un replanteo del sistema clásico presuntivo, orientándonos a darle suficiente entidad a la prueba pericial biológica, ya que por su preeminencia opaca los otros medios probatorios, pudiendo ser considerada la probatio probattisima, tal como a su tiempo fue clasificada la de confesión" (Cám. CC San Isidro, sala I, 28-4-94) inclusive "su poder de convicción es tan fuerte que produce una inversión de su onus probandi a cargo de quien pretende desvirtuar sus

alcances" alcanzando a la negativa injustificada a la pericia (E.L. Gregorini Clusellas). Como bien fue advertido ut supra hasta 1970 mediante las técnicas existentes se podía excluir la paternidad de una persona sobre un determinado niño, cuando se comenzó a utilizar la técnica de HLA (antígenos de histocompatibilidad) quedó en evidencia que era posible la comprobación del nexo biológico. Los seres humanos poseemos individualidad biológica producto de una combinación única de un 50% de los genes paternos y de un 50% de los genes maternos en la fecundación; el ADN se estructura a través de una larga molécula en forma de doble hélice, siendo este el material encargado de almacenar y transmitir la información genética ("documento genético").

"La prueba de HLA se realiza en principio sobre la madre, hijo y padre alegado (llegando hasta el abuelismo), como los alógenos se encuentran anclados en las membranas de las células nucleadas del organismo su estudio se hace generalmente sobre glóbulos blancos que se extraen de una muestra de sangre equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio, inocua, indolora, no invasora y atraumática, que en breves segundos termina con las tribulaciones, angustias, inseguridades y deterioro anímico que significan a veces años de recolección de pruebas, testimonios, fotografías, etc."(Cám CC. Azul, 26/3/92), arrojando resultados, que sólo por milésimos no llegan al 100% de probabilidad de inclusión o bien de exclusión de la paternidad. Lo que implica que ya no se trata de una esperanza sino de una realidad: "la paternidad en momentos actuales es perfectamente demostrable", por esto es menester nuestro afirmar que nuestra legislación y nuestros tratadistas "están desactualizados en esta materia habida cuenta que es hasta el día de hoy que se siguen citando en sentencias de filiación" (E. Calarota determinación de la paternidad por el sistema de HLA...).

Es deber nuestro como legisladores seguir una corriente de

perfectibilidad normativa, tratando de reflejar los notables avances científicos y dar luz a la normativa vigente, hace tiempo atrás esta Honorable Cámara persiguió esta finalidad al dejar constancia del valor de los avances científicos al darle forma al nuevo artículo 253 del CC, estableciendo que en las filiaciones se admitiría toda clase de pruebas, incluso las biológicas, siendo altamente ilustrativa la fundamentación de la mención a las pruebas biológicas en el dictamen unánime y conjunto de la Comisión de familia y Minoridad y de Legislación General, en el cual se menciona la particular relevancia para las pruebas biológicas, a las cuales asigna, la posibilidad de determinar con absoluta certeza la coincidencia de lo biológico con lo normológico (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 25° reunión, 16° sesión ordinaria 26/9/84) resulta claro pues, que el legislador sustenta el principio de la verdad biológica propendiendo a la concordancia entre la procreación como hecho biológico y la filiación como hecho jurídico (C. Apel., CC San Isidro, sala I, 13/10/88). El artículo 4 que se pretende reformar establece que "cuando fuese necesario determinar en un juicio la filiación de una persona se practicará el examen genético correspondiente, y la negativa a someterse al mismo constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

El primer punto en el cual debemos detenernos es en el término "indicio" el cual no permite atribuir la real gravitación de la conducta del renuente en el proceso, este término es más propio del lenguaje de la investigación criminal que del proceso civil, no teniendo la entidad adecuada, pues un indicio puede constituir o no uno de los elementos que podrían llegar a constituir una presunción ("renuencia paterna a la prueba hematológica", J.A Mazzinghi) como lo establece el art. 163 del CPCC. Razón por la cual se hace evidente la necesidad de introducir un precepto claro y preciso, que en definitiva será la cuidadosa

recopilación del pensamiento doctrinal y jurisprudencial actual, tornando a la negativa como una presunción grave (CN.civ, sala C, ED 157-270; sala E 29-8-91 JA 1992-IV-434; sala F 11-5-88 LL 1988-C-442; id. 24-8-92 JA 1994-I-122, entre otros) y otorgándole la entidad suficiente como plena prueba (dictamen Asesor de menores de Cámara, CN.Civ sala E 2-10-87; id, sala L 14-4-1994;id. Sala M 8-11-1993, entre otros).

Hoy en día es criterio unánime a nivel internacional la aplicación del principio "pro homine" el cual nos indica, estar siempre a favor del hombre, es decir utilizar la norma que otorgue mayor protección al individuo, pero ¿qué sucede cuando entran en colisión varios derechos?, según los principios generales del derecho, ante la colisión de dos prerrogativas debe primar aquella de mayor valor, siendo claro que en este caso nos referimos a derechos del niño, reconocidos constitucionalmente a través de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 18 reza: "toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos...", artículo 19: "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado", a su vez la Convención sobre los Derechos del Niño establece en sus artículos 7 y 8 respectivamente: "el niño... tendrá derecho desde que nace a un nombre ... y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos...", "Los Estados se comprometen a respetar al niño a preservar su identidad, nombre y relaciones familiares...".

Es un derecho/deber de la comunidad asegurar la responsabilidad generativa de sus miembros, tendiendo a lograr el emplazamiento filiar del menor, consecuencia necesaria de la prerrogativa que cada sujeto posee, como merecedor de la tutela jurídica respecto al exacto conocimiento de su identidad, por lo cual por encima de la eventual

colisión de derechos, debe prevalecer el interés social en juego y el orden público preeminente que se intenta trastocar. Hoy en día es ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia Argentina, que la negativa a la realización de una prueba genética no puede ampararse en el ejercicio abusivo de los derechos de la personalidad del renuente, el "jus hominis in se ipsum" o "potestas in se ipsum" que toda persona tiene sobre sí, no es absoluto, sino que se encuentra limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio. Es práctica cotidiana que el individuo, para eludir su responsabilidad procreacional, utilice el recurso de no prestar colaboración en la realización de los análisis genéticos, amparándose en derechos como "el debido proceso" o "derecho a la intimidad" (la CSJN ha sostenido numerosas veces que la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra si mismo solo rige en materia penal, CS 238:416, 240:416; LL 92-293), pero esta actitud del demandado "desbarata la finalidad legislativa que tiene por objeto brindar igualdad real a las filiaciones", por lo cual resulta mas que lógico presumir que "quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar", no debiendo ser olvidado por nosotros mismos que el principio del debido proceso no implica transformar a la actuación ante los tribunales en un ámbito en donde no interesa la verdad, ni la conducta de los litigantes ya que en todo proceso debe primar la verdad jurídica e impedirse su ocultamiento mediante ritualismos formales que conducen a una denegación de justicia. Tanto es así que la jurisprudencia recepta con altos criterios de uniformidad la postura de que la negativa injustificada del demandado a someterse a análisis genéticos crea una presunción grave en contra del renuente (Capel. CC San Isidro, sala I, 13-10-88 LL t. 1989 p 562; C1° CC San Isidro, Sala I, 28-4-94 ED t 159 p 180; CNCiv, sala L 14-4-94; CNCiv, sala M 8-11-93 LL t 194 p 76; Cnciv sala E 2-10-87 LL t 1988 p 310; Cnciv sala E 29-8-91 JA 1992 VI p 434 , entre otros) Ahora debemos entrar a

analizar específicamente el objetivo que lleva insito la negativa del renuente a la realización de los análisis genéticos; El demandado se amparara erróneamente en sus garantías constitucionales, fundamentando o no su actitud, pero debemos preguntarnos ¿esta negativa, no es una estrategia para destruir la paternidad alegada?, a lo que debemos responder positivamente, el demandado adquiere un rol activo, obstruccionista que impide llegar a la determinación de la verdad biológica, tiñendo a su negativa de ilegítima, atento a que "cuando las fuentes de prueba se encuentren en manos de una de las partes integrantes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales conlleva que dicha parte sea quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Ello se adecua al principio de las cargas probatorias dinámicas (prueba quien esta en mejores condiciones de probar)", es por ello que debemos afirmar que frente a esta actitud debe obrarse una efectiva inversión de la carga probatoria en pos de la persecución de la verdad jurídica, no debiendo el presunto padre limitarse a negar tal condición, debiendo aportar las pruebas que desbaratan las presunciones y acreditaciones que sirvan al accionante (C.Apel. CC San Isidro, sala I 13-10-88, LL t 1988 p. 563; 1º CC, San Isidro Juzgado Nº 9 29-3-88, ED t. 128 p. 331; C 1º CC San Isidro, sala I 28-4-94 ED t. 159 p. 181; entre otros).

El efecto que se intenta darle a la negativa, no es sancionatorio, sino que debe aparecer como una solución razonable ante un conflicto de esta entidad, ya que si el juez desechare la demanda por falta de elementos probatorios, el emplazamiento filial carecería de efectividad por voluntad y arbitrio del presunto progenitor, en otras palabras, la igualdad de las filiaciones pasaría a ser una declaración abstracta. Es por ello que frente a esta actitud aparece como razonable y justo valorar a la negativa como un reconocimiento de los hechos, salvo que

se cuente con elementos probatorios de alta entidad en contrario, como ser: imposibilidad de nexo por ablación de órganos de la reproducción, ausencia prolongada, esterilidad total etc. Debiendo ser puesto de manifiesto por nosotros que desde un punto de vista procesal no habrá diferencia entre fundar una sentencia en la renuencia del obligado o en declaraciones testimoniales, no habiendo en ambos casos prueba directa, sino una mera presunción de que la filiación invocada es verdadera; "Efectos de la negativa a someterse a exámenes biológicos..." C. P. Grosman y C. Arianna). Debemos resaltar que este tema no es ajeno a la legislación comparada que con certero criterio han receptado específicamente estas necesidades; Así por ejemplo el Código Civil Chileno establece en su artículo 199 que la negativa injustificada de una de las partes configurara presunción grave en su contra; El Código Procesal Italiano disponía que la negativa autorizaría a deducir presunción contraria al renuente; La ley Española de Enjuiciamiento civil, establece en su capítulo III sobre los procesos de filiación, paternidad y maternidad en su artículo 767 que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que no existan otros indicios; El Proyecto Belga de 1978 dispuso la facultad de los jueces de ordenar de oficio dichos exámenes y estableció que se extraerían de la negativa las conclusiones que correspondan; el Código Civil de Perú dispone que la negativa a someterse al examen sanguíneo hará que quien se rehusó sea declarado padre (casos de múltiple presunción de paternidad).

Atento a todo lo expuesto es menester de este cuerpo adoptar una posición tendiente a no frustrar el derecho cuyo amparo se reclama a través de una justicia más humana y solidaria.

Oscar A. Castillo.- María T. Colombo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Álvarez, Gladis y Gregorio, Carlos, *Prueba de exclusión o presunción de paternidad*, LL, 1992-E-253.
- 2.- Álvarez, O., *Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial*, ED., 124-710.
- 3.- Azpiri, Jorge Osvaldo, *La reforma de la ley 23.264 en materia de filiación*, LL, 1985-E-845.
- 4.- Belluscio, Augusto C., *Nociones de derecho de familia*, t.VI, Ed. Omeba, Bs.As, 1972.

- *Manual de derecho de familia*, 5ª ed. actualizada, Ed. Depalma, Bs. As., 1987.
- 5.- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, 1995.

- *Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno*, ED, 135-445.

- *Medios probatorios que requieren prestar el propio cuerpo*, ED, 150-524.
- 6.- Bossert, Gustavo - Zannoni, Eduardo, *Régimen legal de la filiación y patria potestad*, Ley 23.264, 3ª reimpresión, Ed. Astrea, Bs. AS., 1992.
- 7.- Bueres, Alberto – Highton, Elena, *Código Civil, y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995.
- 8.- Calarota, Eugenio, *Determinación de la paternidad por el sistema HLA*, LL, 1985-A-472.
- 9.- Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, *Prueba del ADN*, Ed. Astrea, Bs. As., 2001.
- 10.- Di Lella, Pedro, *Falibilidad de las pericias inmunogenéticas*, JA, 1992-III-567..
- *La filiación, el HLA y los abogados*, LL, 1989-D-1060.
- 11.- Gherzi, Carlos Alberto, *La Posmodernidad Jurídica*, 3ª ed., Ed. Gowa, Buenos Aires, 2000.

- 12.- Gregorini Clusellas, Eduardo, *Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación*, LL, 1995-D-310.
- 13.- Grosman Cecilia y Arianna, Carlos, *Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial*, LL, 1992-B-1193.
- 14.- Farreras, Rozman, *Medicina Interna*, Vol II, Duodécima edición, Ed. Doyma, 1992, Barcelona, España.
- 15.- Grosman Cecilia, *Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación*, JA, 1988-II-195.
 - *Acción de impugnación de la paternidad del marido*, Buenos Aires, 1982.
 - *Influencia del avance científico en la determinación jurídica de la paternidad*, ED, t. 85-177.
 - *Significado de la Convención de los Derechos del Niño e las relaciones de familia*, LL, 1993-B-1094.
- 16.- Hass, Emilio y Verruno, Luis, Raimondi, Eduardo, Legaspe, Eduardo, *Manual para la investigación de la filiación*, Ed. Abeledo-Perrot, 2º ed., Bs.As., 1994.

- *Banco genético y el derecho a la identidad*, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
 - *La filiación, el HLA, los jueces, los abogados y la ciencia*, LL, 1990-A794.
- 17.- Jeffreys, A. J. y col., *Hypervariable "minisatellite" regions in human DNA*, "Nature", 314:67-73, 1985.
- 18.- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano*, ED, 153-929.
- 19.- Leonardi, Danilo, *El ADN puede colaborar con la administración de justicia*, LL, 1990-A-934.
- 20.- López del Carril, Julio J., *La filiación*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- *La filiación y la ley 23.264*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987.
- 21.- LLambías, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- 22.- Martínez Picabea de Giorgiutti, Elba, *Algunas consideraciones sobre la asignación del parentesco*, LL, 1989-A-980.

- 23.- Méndez Costa, María Josefa, *Impugnación de la maternidad en caso de suposición de parto*, LL, suplemento diario del 3/6/86.
- 24.- Moisset de Espanés, Luis, *Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos*, JA, 24-1974-270.
- 25.- Velazco, José, *Filiación. Prueba biológica*, LL, 1989-A-115.
- 26.- Watson, M.R. – Crick, F. H., *Molecular structure of nucleic acids: a structure for deoxiribose nucleic acid*, "Nature", 171: 737-738, 1953.
- 27.- Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.